

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO VITOR GOMES MARTINS

**DANO MORAL E PUNITIVE DAMAGES:
UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA**

Florianópolis
2016

João Vitor Gomes Martins

**DANO MORAL E PUNITIVE DAMAGES:
UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

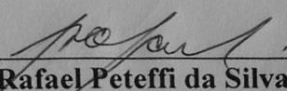
Florianópolis
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

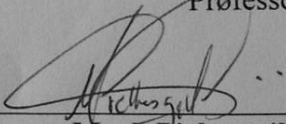
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Punitive Damages e o Dano Moral: Uma Distinção Necessária**", elaborado pelo acadêmico **João Vitor Gomes Martins**, defendido em **13/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 70 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

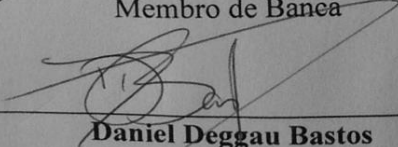
Florianópolis, 13 de Junho de 2016.



Rafael Peteffi da Silva
Professor Orientador



Mark Pickersgill Walker de Medeiros
Membro de Banca



Daniel Deggau Bastos
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as graças que colocou em minha vida e pela força de vontade para superar qualquer dificuldade.

Aos meus pais Rogério e Evelize e à minha irmã Ana, pelo exemplo que são e pelo amor e apoio incondicionais em todos os momentos de minha vida.

Ao meu orientador, Rafael Peteffi, pela prestatividade e pela qualidade acadêmica que me inspiram desde os primeiros anos de graduação.

À Thatiane Pires, pelo companheirismo, amor e amizade que desenvolvemos ao longo destes anos de convivência. Fonte de inspiração que me motiva a ser uma pessoa melhor.

Ao Arthur Dalmarco, por ser um irmão.

Aos queridos amigos de CAXIF e CCJ: Eduardo Moretti, Eduardo Alves, Gustavo Matiola, Leonardo Moraes, Lukas Ruthes, Victor Machado Schmitt, Diordan Canonica e Vinicius Faqueti, pelos grandes momentos compartilhados.

À Beatriz Goedert, pela parceria fundamental nos bons e maus momentos de EMAJ.

Aos meus amigos da já extinta turma de 2010.2: Guilherme Volpato e Luisa Brasil, por tolerarem minhas opiniões dissidentes e dividir ótimos momentos.

Aos remanescentes do Colégio Catarinense, Pedro Bittencourt Lima e Renan Luz Mesquita, que sempre estão comigo.

À Ordem DeMolay e ao Capítulo XV de Novembro nº 756, por reforçar valores e ensinamentos preciosos.

À Universidade Federal de Santa Catarina, apesar de todos os seus infindáveis problemas, por colocar pessoas maravilhosas em minha vida e por me ensinar que a busca pelo conhecimento é dever individual que não pode estar condicionado à vontade de terceiros.

“Não há covardia mais torpe que a covardia da inteligência, a burrice voluntária, a recusa de juntar os pontos e enxergar o sentido geral dos fatos.”

Olavo de Carvalho



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: João Vitor Gomes Martins

RG: 5595638

CPF: 08454679995


Matrícula: 10201142

**Título do TCC: Punitive Damages e o Dano Moral: Uma Distinção
Necessária**

Orientador: Rafael Peteffi da Silva

Eu, **João Vitor Gomes Martins**, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 13 de Junho de 2016.


João Vitor Gomes Martins

RESUMO

No Brasil, é corrente a equiparação dos conceitos de dano moral, e seu suposto caráter punitivo, ao conceito de *punitive damages*, oriundo do *Common Law of Torts*. O presente estudo buscou verificar quais as diferenças entre o conceito de dano moral e *punitive damages* no próprio sistema de responsabilidade civil britânico. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o procedimento monográfico, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica, jurisprudencial e empírica. Como resultado, foi possível observar uma clara dicotomia entre estes dois conceitos, bem como reconhecer um pilar estritamente compensatório como regra geral a sustentar as indenizações por danos extrapatrimoniais naquele ordenamento. Ainda que diferentes sistemas legais utilizem vasta gama terminológica para fazer referência aos danos de caráter extrapatrimonial, o termo *non-pecuniary harm* é o que se mostra mais adequado, pois carrega como ideia central a noção de independência frente ao dano material vez que constitui por si só um prejuízo para a vítima que merece ser compensado. Por sua vez, *punitive damages* constitui uma indenização excepcional, pois não possui como objetivo único o ressarcimento do prejuízo, visa também à punição do agente causador do dano através da fixação de soma em dinheiro expressivamente superior ao valor do prejuízo experimentado pela vítima. Apesar de encontrar restrições e dificuldades em sua aplicação, esta quebra do paradigma compensatório ainda se faz possível em situações extraordinárias e bem definidas.

Palavras-chave: 1. *Common Law*; 2. *Tort Law*; 3. *Non-pecuniary harm*; 4. *Punitive Damages*; 5. Quantificação;

ABSTRACT

In Brazil it is common to equate the concepts of non-pecuniary harm, and its supposed punitive nature, to the concept of punitive damages, arising from the Common Law of Torts. The present study has aimed to verify which are the differences between non-pecuniary harm and punitive damages in the British Tort Law system itself. The approach method used was the deductive and the procedure monographic, having bibliographical, jurisprudential and empirical research techniques. As a result, it was possible to observe a clear dichotomy between those two concepts, as well as recognise a strictly compensatory pillar as a general rule sustaining the extrapatrimonial damages on that legal system. Though different legal systems use vast terminological variations in order to refer to harm of extrapatrimonial character, the term non-pecuniary harm is the one which seems to be the most adequate, because it contains as central idea the notion of independence from patrimonial damage since it constitutes on its own an injury to the victim that deserves to be compensated. On the other hand, punitive damages constitutes exceptional damages thanks to not having as single objective the compensation of the damage, it also aims to punish the wrongdoer by means of setting a money award expressively superior to the value of the harm experienced by the victim. Despite finding restrictions and difficulties in its application, this compensatory paradigm shift is still possible in well defined exceptional situations.

Keywords: 1. *Common Law*; 2. *Tort Law*; 3. *Non-pecuniary harm*; 4. *Punitive Damages*; 5. *Assessment*;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O COMMON LAW: MATRIZ HISTÓRICA E PRINCÍPIOS DO DIREITO ANGLO-SAXÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 Considerações sobre o sistema da <i>Common Law</i>	12
1.1.1 Origem histórica.....	12
1.1.2 O <i>Common Law</i> na atualidade: Princípios Fundamentais.....	20
1.1.3 Doutrina dos Precedentes: A regra do <i>Stare decisis</i>	27
1.2 Noções sobre a Responsabilidade Civil (<i>Tort Law</i>) no <i>Common Law</i>	32
1.2.1 Conceito do termo <i>Tort Law</i>	32
1.2.2 Diferença entre <i>Tort Law</i> e <i>Criminal Law</i>	33
1.2.3 Considerações acerca do <i>Tort Law</i> frente à Responsabilidade Civil	36
2 DAMAGES EM ESPÉCIE: INDENIZAÇÕES EXCEPCIONAIS	46
2.1 A doutrina de <i>Damages</i>	46
2.1.1 Princípios.....	46
2.1.2 Espécies de <i>Damages</i>	50
2.2 <i>Aggravated</i> e <i>Exemplary Damages</i>	54
2.2.1 <i>Exemplary</i> ou <i>Punitive Damages</i>	55
2.2.1.1 Discricionariedade e Quantificação	66
2.2.2 <i>Aggravated Damages</i>	73
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS NO SISTEMA DE COMMON LAW	79
3.1 Conceito de Dano Moral no Sistema de <i>Common Law</i>	79
3.1.1 Dano Moral enquanto Dano Indenizável	81
3.1.2 Distinguindo <i>Punitive Damages</i>	84
3.1.3 Distinguindo <i>Aggravated Damages</i>	87
3.2 Critérios para quantificação do Dano Moral no Sistema de <i>Common Law</i>	91
3.2.1 Observações iniciais	91
3.2.2 Métodos de Quantificação e Aspectos Relevantes.....	93
3.3 <i>Torts</i> específicos por <i>Non-Pecuniary Losses</i>	99
3.3.1 <i>Defamation</i>	100
3.3.2 <i>Negligently Inflicted Psychiatric Injury</i>	104
CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, com a expansão das trocas e comércio internacional e, considerando-se a tendência global ao estabelecimento de mercados comuns para o fortalecimento regional, é impossível deixar de perceber a importância que o estudo sistemático e comparativo quanto à natureza e função dos sistemas legais estrangeiros e sua compreensão adquiriram. Diferentes ordenamentos jurídicos apresentam respostas para questões que, diante do efervescente processo de globalização e aumento das possibilidades de intercâmbio informacional, se tornam cada vez mais próximas.

Contudo, ainda que as respostas a questões comuns possam ser aparentemente semelhantes, por não raras vezes, os métodos utilizados e as condições particulares de cada Estado fazem com que tais soluções possuam significado e conteúdo eficaz completamente diverso.

É neste contexto que o presente trabalho volta sua atenção ao instituto do dano moral no *Common Law* britânico para distingui-lo de *punitive damages*. Conforme colocam Martins-Costa e Pargendler¹, as preocupações mais recentes da civilística pátria com a justiça distributiva renovaram o debate acerca do possível caráter sancionador e dissuasório da responsabilidade civil. Através desta ideia, busca-se fundamentação no instituto de *punitive damages*, característico do *Common Law* e de berço bretão, para a acolhida da pena pecuniária, “indenização punitiva”, como fator de desestímulo e sanção do causador do dano.

Com o passar do tempo e evolução dos estudos relativos à matéria, pode-se afirmar que o foco da discussão no Brasil ultrapassou a própria argumentação original que visava à aplicação do instituto estrangeiro em território nacional para então discutir o suposto caráter pedagógico-punitivo do dano moral.

A partir desta “ginástica hermenêutica”, muitas dúvidas de interessante repercussão podem ser formuladas. Por exemplo, a figura aqui aconhecida como “dano moral” é equivalente ao *punitive damages* presente nos países de *Common Law*? As situações indenizáveis a título de dano moral no Brasil são reconhecidas como danos indenizáveis nos demais ordenamentos? Como ocorrem as indenizações por dano moral naquele sistema? O conceito de dano moral carrega intrinsecamente um caráter punitivo?

¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005.

Assim, despedido da pretensão de encerrar o debate e, tendo como tema delimitado o dano moral no sistema britânico de *Common Law*, este trabalho constitui o primeiro passo, uma pesquisa em direito estrangeiro, a fim de viabilizar posterior análise de direito comparado. Dentre as diversas questões que o tema suscita, busca-se responder, primordialmente, se existe instituto assimilável, naquele ordenamento jurídico, ao que conhecemos no Brasil como danos morais e, caso exista, se de algum modo, este instituto se confunde com *punitive damages*. Aplicar-se-á o método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial dando especial enfoque ao sistema britânico, com algumas remissões ao sistema americano, onde o instituto se desenvolveu de maneira muito mais ampla.

Delinear-se-á no primeiro capítulo conceitos básicos do sistema de *Common Law*, sua origem histórica, princípios organizacionais, além da regra do *Stare decisis*. Logo após será feita a definição dos princípios específicos da disciplina de responsabilidade civil, conhecida como *Tort Law*.

No segundo capítulo serão abordadas as espécies de *damages*, trazendo-se em seguida a análise quanto às indenizações excepcionais. Feito isto, os critérios para seu arbitramento serão analisados.

Por fim, no terceiro capítulo tratar-se-á da responsabilidade civil por danos morais no *Common Law*, a distinção entre o conceito de dano moral e *punitive damages*, bem como seus critérios gerais de arbitramento tomando-se como referência os casos de *personal injury*. Ainda, analisam-se alguns *torts* específicos e já bastante estabelecidos naquele ordenamento concernentes ao dano de cunho extrapatrimonial.

Espera-se com o exposto chegar em uma resposta satisfatória acerca da dicotomia existente entre dano moral e “indenização punitiva” dentro do próprio *Common Law* britânico e do reconhecimento de um pilar estritamente compensatório a sustentar as indenizações por danos extrapatrimoniais neste sistema, de modo que considerações punitivas permanecem como situação especial, exceção à regra geral, por força de particularidades daquele ordenamento. Em um País como o Brasil, onde o ativismo judicial e o “ódio ao culpado”, como definem Martins-Costa e Pargendler, são tão presentes, acompanhados da corrente aplicação de princípios abstratos em situações claramente tuteladas pelo legislador, faz-se necessário adotar postura cautelosa e avaliar seriamente as repercussões, não apenas práticas, mas também metodológicas que institutos estrangeiros podem ocasionar uma vez acoplados ao nosso sistema jurídico.

1. O COMMON LAW: MATRIZ HISTÓRICA E PRINCÍPIOS DO DIREITO ANGLO-SAXÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DA *COMMON LAW*

1.1.1 Origem histórica

Conforme Dainow, um sistema legal é um organismo vivo; respira, cresce, evolui, é parte da vida das pessoas a quem funciona.² Todos os sistemas legais tem o mesmo objetivo, qual seja, regular e harmonizar a atividade humana em suas respectivas sociedades, e em cada sociedade o sistema legal forma parte da cultura e civilização bem como da história e da vida de seu povo.³ Os eventos de suas respectivas histórias encaminharam certas similaridades e diferenças fundamentais em seus sistemas legais.⁴ Nos países de civilização ocidental, os dois mais conhecidos sistemas são o *Civil Law* e o *Common Law*, particularmente exemplificados por França e Inglaterra.⁵

Buscando observar os pontos convergentes e divergentes entre o sistema de *Civil Law* e *Common Law*, faz-se necessário lançar olhar atento à origem histórica de ambos os modelos, a fim de estabelecer quais princípios e institutos são comuns a ambos – e, portanto, hermeneuticamente “importáveis” – e quais possuem particularidades inadaptáveis ao demais. Neste trabalho, por reconhecer-se a existência de vasta literatura acerca da *família romano-germânica*⁶, foca-se a atenção à *família da common law*⁷, por se entender ser de imediata urgência produzir um estudo mais abrangente sobre esta.

² DAINOW, Joseph. The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 15, n. 3, 1966 - 1967. p. 420.

³ Nesse sentido, GENN, Hazel; GEAREY, Adam. **English Common Law: Structure and Principles**. English Common Law Notes. Undergraduate Law Programme, University of London, 2013. Disponível em: <<http://eclnotes.laws.londoninternational.ac.uk/2013/07/02/english-common-law-structure-and-principles-by-hazel-genn-adam-gearey-lecture-1-part-1-what-is-law/>> Acesso em: 03.05.2015. p. 02.: “So for introductory purposes, what we can say is that, when we speak of the law in a democratic society, what we’re thinking about are the rules that govern how we live and how we do business. And we are thinking about the rules that are backed by the coercive power of the state.”

⁴ Nesse sentido, DAINOW, *op.cit.*, p. 434: “Even though it be admitted that the civil law and the common law started from opposite extremes, it is sometimes said that as a result of the movements each has made in the direction of the other, there is no longer much difference between them. The same social needs, and similar economic and technical conditions, have led to the adoption of similar solutions for their legal problems. If it is true that the results are so close to each other, the methods used to reach them are nevertheless extremely divergent, and the matter is not that simple.”

⁵ DAINOW, *op.cit.*, p. 419.

⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução: CARVALHO, Hermínio A. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23. “Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta,

A expressão “sistema”, “família” ou “tradição” romano-germânica serve para caracterizar o Direito continental europeu e de todos os países não europeus que assim se filiam. Segundo Dario Moura Vicente, a “autonomização da família jurídica de *Common Law*”, cujas raízes estão no Direito inglês, deveu-se a uma série de fatores, tais como: a) o fracasso das tentativas de se promover a recepção do Direito produzido no Império Romano, na Idade Média, pelo clero católico, que ocupou importantes postos na burocracia do Reino da Inglaterra; b) a rejeição do Direito de tradição romana pelos tribunais ingleses, com posterior apoio dos monarcas; c) o receio de que a introdução do Direito produzido em Roma, especialmente nas fases finais do Dominado, mitigasse ou eliminasse o sistema consuetudinário inglês e a tradição de liberdades individuais; d) a ausência de rupturas institucionais como a Revolução Francesa, mesmo nas guerras civis ou rebeliões como a Revolução Gloriosa e a Revolução Puritana, conservou-se intacta a estrutura de poder no país, a despeito da eliminação de parte dos membros da elite dominante; f) a forte influência da filosofia utilitarista e liberal na formação de uma consciência coletiva de pertencimento a um Estado de Direito fundado nas liberdades fundamentais; g) a possibilidade retroalimentação e renovação do sistema por meio de sua expansão para as colônias e pela crescente influência da língua inglesa, que se tornou o idioma franco internacional.⁸

A história do *common law* começa após a invasão Normanda na Bretanha, ocorrida entre os séculos XI e XV, quando Guilherme, o Conquistador⁹, deu início à elaboração dessa nova forma de direito. Antes da dominação normanda, a população da ilha era formada basicamente por saxões, anglos e dinamarqueses, que até 1066 possuíam, todos os quais suas próprias leis territoriais¹⁰, apesar de estarem já submetidos a um único soberano.¹¹

estritamente ligadas a preocupações de justiça e de moral.”

⁷ DAVID, *op.cit.*, p. 24. “A *common law* está, pela sua origem, ligada ao poder real; desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada, ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção do poder real; surge como tendo sido, na sua origem, essencialmente um direito público, só podendo as questões entre particulares ser submetidas aos tribunais da *common law* na medida em que pusessem em jogo o interesse da Coroa ou do reino.”

⁸ MOURA VICENTE, Dario. **Direito comparado**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2014. v.1 p.225-228.

⁹ DAVID, *op.cit.*, p. 357. “Guilherme, o Conquistador, mal cognominado, pretende reinar a Inglaterra como sucessor do rei Eduardo, o Confessor, e não pelo direito de conquista.”

¹⁰ Nesse sentido, DAINOW, *op.cit.*, p. 422: *One aspect of this system was that the settlement of disputes was conducted on a purely local level, each region acting independently and without knowledge of what the others were doing. The rights and obligations of individuals flowed from the nature of their personal status within the system.*

¹¹ ANTAS JR., Ricardo Mendes. **Território e Regulação: espaço, fonte material e não-formal do direito**. São Paulo: Editora Humanitas, 2005. p. 115.

A necessidade de exercer um controle mais rígido sobre o território, para manter a presença normanda na ilha britânica¹², constituiu um dos elementos mais importantes para impulsionar o processo de estabelecimento de uma nova ordem jurídica.¹³

Inicialmente, as primeiras cortes reais desenvolveram-se a partir do Conselho Real, no qual os juízes eram os conselheiros mais próximos do Rei. Dentre as principais atribuições incluíam-se viajar pelo país fiscalizando as administrações locais e decidir disputas. Mais tarde, suas tarefas tornaram-se primordialmente judiciais, separaram-se do Conselho, quando adquiriram sua própria jurisdição como cortes reais. Esses juízes reais eram responsáveis tanto por Westminster quanto por resolver disputas enquanto viajavam pelo país. Entretanto, cortes locais controladas pela nobreza continuaram a resolver a maior parte das disputas, ainda que os casos mais importantes fossem reservados à Corte Real.¹⁴

*The earliest idea of the common law was advanced by the English kings' judges some 900 years ago in an attempt to create a national legal system and to consolidate royal power through the centralisation of the administration of justice. The national, royal courts proved very attractive to litigants because of their relative freedom from corruption and their ability to enforce judgements on a national basis through the executive power of royal officials. The law they applied was said to be "common", because it allegedly represented customs common to the whole kingdom, in contrast with rules applied only locally, or with the law in ecclesiastical courts that were applying a foreign system. The common law thus had a unifying, state-building aspect which had both practical and an ideological appeal.*¹⁵

¹² REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA. **The Common Law and the Civil Law Traditions.** The Robbins Religious and Civil Law Collection, 2010. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>> Acesso em: 06.03.2016. p. 03: "English common law emerged from the changing and centralizing powers of the king during the Middle Ages. After the Norman Conquest in 1066, medieval kings began to consolidate power and establish new institutions of royal authority and justice."

¹³ Nesse sentido, DAINOW, *op.cit.*, p. 422: "When the king sought to establish a more important central power, he ran into serious conflict with the local authorities. Nevertheless, in his quality of sovereign judge and source of justice, and to discharge his responsibility for the preservation of peace, He established his own courts with judges who went on circuit throughout the entire country."

¹⁴ DAINOW, *op.cit.*, p. 422: A third subject which should be mentioned is the development of the system known as "equity," apart and distinct from "Law" but supplementary to it. To make remedies available for harsh situations, to establish new procedures, and in order to meet all sorts of new problems, recourse was had to the authority of the King in his sovereign capacity; he delegated this function to an official called the Chancellor of the Royal Court.

¹⁵ CASTILLO-GERDING, Migdalia. **Introduction to the Common Law Legal System.** Common Law of Torts Overhead Material. Westfälische Wilhelms-Universität Münster, 2014.

Tradução livre: "A primeira ideia de *common law* foi concebida pelos juízes dos reis ingleses a 900 anos atrás em uma tentativa de criar um sistema nacional legal e consolidar o poder real através da centralização da administração da justiça. As cortes nacionais legais provaram-se muito atrativas aos litigantes em função de sua relativa ausência de corrupção e sua habilidade de impor sentenças em âmbito nacional através do poder executivo dos oficiais reais. A lei que eles aplicavam era chamada "comum", porque se alegava representar costumes comuns a todo o reino, em contraste com regras aplicadas apenas localmente, ou com a lei em cortes eclesiásticas que eram aplicadas em sistemas estrangeiros. A lei comum teve um aspecto unificador, construtor de estado o qual teve apelo tanto prático como ideológico."

Novas formas de ações legais foram estabelecidas pela Coroa e funcionavam através de um sistema de *writs*¹⁶, ou ordens reais, cada um destes fornecia um remédio legal específico para um determinado *wrong* (ato ilícito). Este sistema de *writs* tornou-se tão formalizado que a lei que as cortes podiam aplicar baseadas nesse sistema, por vezes, eram rígidas demais para atingir a justiça de forma adequada. Nestes casos, um apelo subsequente deveria ser feito diretamente ao Rei. Essa dificuldade deu nascimento a uma nova espécie de corte, a Corte de Equidade, também conhecida como *Court of Chancery*, pois era a Corte do Chanceler Real. Cortes de Equidade eram autorizadas a aplicar princípios de equidade baseados em diferentes fontes, como a lei romana e lei natural, ao invés da lei comum.¹⁷

Dessa maneira, o regramento jurídico britânico consistia ao mesmo tempo de “lei” e “equidade”. É notável a similaridade com o Direito Romano, onde a lei pretoriana se desenvolveu contemporânea, porém independentemente do *jus civile*.¹⁸

É possível afirmar que o desenvolvimento da equidade¹⁹ e sua eventual fusão ao direito bretão foi um dos estágios de evolução do *Common Law*, pelo qual o Direito Romano também passou muitos séculos antes.²⁰

A fim de fortalecer a autoridade da Coroa, difundiu-se o entendimento de que casos de interesse nacional deveriam ser decididos – não de acordo com as leis costumeiras

¹⁶ BLACK, Henry Campbell. **Black's Law dictionary**. 4. ed. St. Paul, Minnessota: West Publishing CO, 1968. p. 1783. “WRIT. A precept in writing, couched in the form of a letter, running in the name of the king, president, or state, issuing from a court of justice, and sealed with its seal, addressed to a sheriff or other officer of the law, or directly to the person whose action the court desires to command, either as the commencement of a suit or other proceeding or as incidental to its progress, and requiring the performance of a specified act, or giving authority and commission to have it done. A mandatory precept issuing from court of justice. *Poirier v. East Coast Realty Co.*, 84 N.H. 461, 152 A. 612, 613. *Process. State ex rel. Walling v. Sullivan*, 245 Wis. 180, 13 N.W.2d 550, 555.”

¹⁷ Nesse sentido, REGENTS, *op. cit.* p. 03: “The system of writs became so highly formalized that the laws the courts could apply based on this system often were too rigid to adequately achieve justice. [...] Courts of law and courts of equity thus functioned separately until the writs system was abolished in the mid-nineteenth century. [...] certain kinds of writs, such as warrants and subpoenas, still exist in the modern practice of common law. An example is the writ of habeas corpus, which protects the individual from unlawful detention. Originally an order from the king obtained by a prisoner or on his behalf.”

¹⁸ Nesse sentido, DAINOW, *op.cit.*, p. 423: During the first centuries of the history of Roman law, the development was equally pragmatic, based on experience and adjustment; there, also, the sources of law were rather in specific decisions and imperial decrees than in systematic compilations of legislative texts. The first systematic exposition of the Institutes of Gaius in the third century in actuality presented the essence of seven centuries of legal evolution.

¹⁹ Sobre o tema Equidade, SCRUTON, Roger. **The Fundamental Principle Of Common Law**: Disponível em: <<http://barristerblogger.com/published-articles-3/roger-scruton-on-the-fundamental-principle-of-common-law/>> Acesso em: 27.09.2015. “English civil law has arisen not only through common law courts but also through equity, which was originally administered by the Court of Chancery. And it is through equity that common law justice is best understood. What the petitioner in equity seeks is a remedy. He or she is not, primarily, asking the court to formulate an abstract principle of law, of a kind that it would be reasonable to demand of the legislature. Petitioners come to the court because they have suffered damage and are asking the court for a remedy – which may take the form of injunction, compensation or a declaration of trust. The remedy is granted because it is just, and because it seems to be directly implied by the dealings between the parties.”

²⁰ DAINOW, *op.cit.*, p. 423.

como aplicadas nas cortes locais – mas em consonância com um único conjunto de leis nacionais comuns a todo o país. Encontrando-se em Westminster, juízes reais desenvolveram este grupo de leis ao selecionar, combinar e modificar aqueles costumes locais aprendidos durante as campanhas itinerantes.²¹ A lei então determinada e aplicada ficou conhecida como “lei comum” ou *Common Law*. Isto é, porque era a lei que era comum a todo o país, oposta a lei local, que variava de lugar para lugar. Eventualmente, as cortes reais cresceram e a lei comum substituiu grande parte da lei local.²²

Na Idade Média, a *Common Law* coexistiu, na Inglaterra, com outros sistemas de direito, do mesmo modo como a *Civil Law* o fez em outros países. Tribunais da Igreja aplicavam a Lei Canônica, cortes urbanas e rurais aplicavam lei costumeira local, Chancelarias e Tribunais Marítimos aplicavam o Direito Romano. Apenas no século XVII a *Common Law* triunfou sobre essas outras fontes de lei, quando o Parlamento estabeleceu-se como detentor do direito de definir a lei, declarando as demais como fontes subsidiárias.²³

Por sua vez, pode-se dizer que a história do *case-law*²⁴ na parte continental da Europa começa com a criação de tribunais especializados, em particular com a *Court of Audience* (*audientia sacri palatii*), estabelecida como Suprema Corte da Igreja Ocidental ou Suprema Corte Papal, – composta por doutores em direito. “Uma instituição cujas decisões valiam a pena preservar como princípios condutores para casos futuros.”²⁵ A Suprema Corte Papal era a Audiência, em que casos eram escutados pelos auditores do palácio papal (*domini auditores sacri palatii apostolici*)²⁶.

²¹ DAINOW, *op.cit.*, p. 424: *Looking at the law in England, the picture is a totally different one. During the formative period of English legal history, there was no strong central legislative body, but there were the powerful king's courts. When a court decided a particular case, its decision was not only the law for those parties, but had to be followed in future cases of the same sort, thereby becoming a part of the general or common law.*

²² BURNHAM, William. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. 5. ed. Minnesota: West Academic Publishing, 2011.

²³ REGENTS, *op. cit.* p. 04: *“This evolution of a national legal culture in England was contemporaneous with the development of national legal systems in civil law countries during the early modern period. But where legal humanists and Enlightenment scholars on the continent looked to shared civil law tradition as well as national legislation and custom, English jurists of this era took great pride in the uniqueness of English legal customs and institutions.”*

²⁴ BLACK, *Op. cit.* p. 270. *“CASE-LAW: The body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions.”*

²⁵ BAKER, John Hamilton. **The Common Law Tradition: lawyers, books, and the law**. Londres: Hambledon Press, 2000. P. 117. No original: *“a body whose decisions were worth preserving as authorities”*.

²⁶ PLÖGER, Karsten. **England and the Avignon Popes: The Practice of Diplomacy in Late Medieval Europe**. Londres: MHRA, 2005. p. 91. É curioso observar que o Papa já apontava auditores para causas desde tempos remotos e seu procedimento tornou-se regularizado durante o século treze.

Por volta do século XIV, quando os juízes eram escolhidos entre distintos juristas de toda a Europa, a Corte de Audiência²⁷ tornou-se um corpo colegiado; e sob o Papa João XXII (1316-34) lhe foi dada uma constituição escrita e uma casa fixa. João fixou sua cúria em Avignon e construiu um salão de audiências junto a seu palácio.²⁸ A atividade destes auditores foi definida por João XXII, em 1331, com a promulgação da constituição *Ratio juris*,²⁹ a qual intentava governar por todos os tempos aquilo que foi descrito como “a corte mais alta estabelecida por inspiração divina, onde a qualidade da justiça abunda em excelência e brilhantismo.”³⁰

As decisões da Corte tiveram considerável influência no *ius commune*, e no crescimento da anotação de leis nas Cortes Conciliares Reais do período renascentista – tribunais especializados vistos como contrapartes seculares da Audiência papal.³¹

Por volta de 1360, a prática de anotar decisões não estava restrita de forma alguma aos ingleses, sendo possível ainda hoje encontrar vários nomes de diversos escritores de outras nações.³² Entretanto, a tradição de reportar casos parece ter parado por volta desta época, e não foi ressuscitada por pelo menos um século. É apenas com o fortalecimento do *Common Law*, no século XVII e XVIII, contemporaneamente ao movimento iluminista na parte continental da Europa, que se torna possível observar o primeiro estudo sistemático, um tratado analítico, do *Common Law* britânico, o *Commentaries on the Laws of England*, de Willian Blackstone (1723-1780). Até hoje, o trabalho de Blackstone funciona como fonte definitiva de precedentes jurídicos da época imediatamente anterior à fundação dos Estados Unidos da América.³³

²⁷ ANTAS JR., *op. cit.*, p. 115: “O princípio do *common law*, por ser mais flexível e adaptável às transformações contínuas do sistema de Estados-nação que se transformou o capitalismo, está também presente no direito internacional e nas várias instituições que o compõe. É o caso, também, do princípio da *lex mercatoria*, lei dos comerciantes internacionais”.

²⁸ Sobre o assunto ver: GAGNIÈRE, Sylvain. **Le palais des papes d'Avignon**. Caisse nationale des monuments historiques, 1982.

²⁹ BARRELL, Andrew DM. **The Papacy, Scotland and Northern England**. Vol. 30. Cambridge: University Press, 2002. p. 175.

³⁰ Sobre o assunto ver: CERCHIARI, Emanuele. **Capellani Papae et Apostolicae Sedis**. Vol. III. Roma: Typis Polyglottis Vaticanis. 1919. p. 69-77. “*in Romana curia, communi quidem patria, ubi est summum tribunal iudicii constitutum divinitus, et ubi lux et forma iustitiae preeminet et prelucent*”.

³¹ BAKER (2000), *op. cit.*, p. 120.

³² BAKER, J.H. Dr. Thomas Fastolf and the History of Law Reporting. **The Cambridge Law Journal**. Vol. 45, 1986. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/pdf/4506829.pdf>> Acesso em: 11.12.2015. p. 84-96. Ver também: DOLEZALEK, Gero. **Quaestiones motae in Rota**. Richterliche Beratungsnotizen aus dem vierzehnten Jahrhundert. Vaticano, 1980. p.106-109.

³³ REGENTS, *op. cit.* p. 04.

O instinto dos primeiros juízes do *common law* era manter a maior consistência possível em suas decisões. Esse princípio, chamado *stare decisis*,³⁴ data de pelo menos 1170 quando Richard Fitz-Nigel escreveu: “Há casos em que o curso dos eventos e as razões para a decisão são obscuras; e nestes é suficiente citar precedentes.”³⁵ Um sistema de precedentes é difícil sem algum registro escrito de decisões anteriores, mas o pequeno número de juízes de direito comum durante este período e sua central localização em Westminster tornou possível manter alguma consistência. Curiosamente, advogados que atuavam nas cortes de *common law*, por ventura, auxiliavam os juízes, ao relembrares casos anteriores como método argumentativo.

Esse duro sistema de precedentes mais tarde abriu caminho para outro mais sofisticado, quando registros mais confiáveis de sentenças tornaram-se disponíveis, especialmente com o advento dos chamados *plea rolls*.

*Although the common law of England began to achieve a distinct identity before the English courts started to keep records, dependence on precedent seems always to have been one of its features. [...] Over a million sheep, during six centuries, gave their skins to make the ‘record’ – the continuous parchment memory of the proceedings and judgments in the central courts. To this day it is a remarkably good memory, with few losses and relatively slight deterioration through age. The rolls of the central courts of common law are now generally known to historians as ‘plea rolls’. [...] From then until the use of parchment rolls was discontinued in the reign of Queen Victoria, over 10.000 bundles of plea rolls were produced by the clerks of the central courts. These contain the records of all business formally transacted in those courts; and, although undoubtedly not all litigious activities were enrolled, the roll had a status not enjoyed by other forms of memoranda such as dockets and paper books. The roll was the only legally acceptable evidence of what was transacted in court and, for that purpose, was conclusive.*³⁶

Se a forma particular dos *plea rolls* ingleses era única, a ideia de manter registros com toda certeza não o era. Baker apresenta uma metodologia de divisão dos estágios de

³⁴ É a doutrina dos precedentes. Ver adiante, capítulo 1, ponto 1.1.3. Doutrina dos Precedentes: a regra do *Stare Decisis*.

³⁵ BURNHAM, *op. cit.*, p. 02. Tradução livre. No original: “This principle, called *stare decisis*, dates at least to the 1170s when Richard Fitz-Nigel wrote: “There are cases where the course of events, and the reasons for decisions are obscure; and in those it is enough to cite precedents.”

³⁶ BAKER (2000), *op. cit.*, p. 133-134. Tradução livre: Ainda que a lei comum da Inglaterra tenha começado a atingir uma distinta identidade antes que as cortes britânicas comessem a manter registros, dependência no precedente parece ter sido sempre uma de suas características. [...] Mais de um milhão de ovelhas, durante seis séculos, deram seu couro para fazer ‘registros’ – os contínuos rolos de couro com os detalhes do procedimento e sentença nas cortes centrais. Até hoje estes são uma ótima fonte, com poucas perdas e ínfima deterioração através dos anos. Os pergaminhos das cortes centrais de *common law* são agora conhecidos como ‘plea rolls’. [...] Desde esta época até o fim do uso dos rolos de couro no reinado da Rainha Victoria, mais de 10.000 caixas de pergaminhos foram produzidos pelos funcionários das cortes centrais. Estes continham os registros de todos os negócios formalmente realizados naquelas cortes; e, ainda que sem dúvida nem todas as atividades litigiosas tenham sido registradas, os rolos tinham um status único, não apreciado por nenhuma outra forma de memorando como boletos ou livros de papel. Os pergaminhos eram a única evidência legal aceitável sobre o que havia sido transacionado na corte e, por esse motivo, eram conclusivos.

desenvolvimento das anotações de precedentes no sistema de *common law*, caracterizando o terceiro e derradeiro estágio como *law reporting*, ou seja, registro ou relato da Lei, quando há o aumento da quantidade de anotações e o advento de fontes mais duradouras e em melhores condições de acesso aos juristas da época. É neste período que o caráter particular do *common law* inglês, com maior identificação com *stare decisis*, aparenta emergir com mais obviedade.

É apenas com os *year books*, como as anotações são equivocadamente chamadas,³⁷ que o caráter peculiar inglês passa a estruturar-se. Eles reproduzem, em um dialeto Anglo-francês (provável dialeto utilizado nas cortes durante a idade média) o que se entende ser um resumo das discussões legais realizadas nas Cortes Reais, principalmente no *Common Bench*,³⁸ sendo uma das únicas espécies de documentos de qualquer lugar da Europa em que se podem encontrar passagens de debates medievais entre juristas nominados.

Especula-se que a principal função dos *year books* era suplementar os manuais práticos utilizados pelos acadêmicos de direito.³⁹ De fato, até mesmo esses manuais – com efeito, notas de leituras – eram, provavelmente, resultado da rotina educacional dos escolares que acompanhavam os trabalhos da Corte, no intuito de um dia frequentarem o ambiente como profissionais do direito. Ainda assim, seja qual for a precisa circunstância de sua origem, o hábito de reportar tornou-se permanente e, dessa maneira, a cópia e o estudo de anotações ajudaram a estabelecer a tradição de que, conforme Baker, “o que era dito e feito na corte é evidência da lei comum.”⁴⁰ A partir deste ponto, a lei na Inglaterra não era mais evidenciada apenas pelos *plea rolls*, mas também pelos *year books*, que preservavam e explicavam o que havia acontecido na Corte.

Nenhuma das duas fontes – *plea rolls* ou *year books* – é completa por si só. Os *plea rolls* são registros dos passos do litígio, incluindo em uma porção pequena o resultado final do processo. Eles não retratam o processo intelectual do debate e da decisão, ou as autoridades e os argumentos apresentados. Por outro lado, os *year books* são retratos dos

³⁷ Apenas uma minoria deles são cronologicamente organizados e não há a menor razão para pensar que o ano apresente qualquer significado como unidade de divisão. A expressão *year book* (livro do ano) não é achada antes do século dezesseis. O nome usual durante o período medieval era “*book of terms*” (livro de termos).

³⁸ BOUVIER, John. **A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States**. 1856. Disponível em: <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Common+bench>>. Acesso em: 07.03.2016.

“*Or bancus communis. The court of common pleas was anciently called common bench, because the pleas and controversies there determined were between persons.*”

³⁹ REGENTS, *op. cit.* p. 02: *Common law is generally uncodified. This means that there is no comprehensive compilation of legal rules and statutes. While common law does rely on some scattered statutes, which are legislative decisions, it is largely based on precedent, meaning the judicial decisions that have already been made in similar cases. These precedents are maintained over time through the records of the courts as well as historically documented in collections of case law known as yearbooks and reports.*

⁴⁰ BAKER (2000), *op. cit.* p. 139. Tradução livre. No original: [...] *what was said and done in court was evidence of the common law.*

debates orais, comumente omitindo os detalhes do processo, raramente indicando como o caso terminou.

Evidentemente, os *year books* não foram concebidos com o intuito de complementar ou explicar os registros, assim como os *plea rolls* não foram idealizados para servir de material de apoio aos “livros do ano”. Cada um desses documentos apresenta função separada, nenhum deles comparável aos registros modernos legais.

1.1.2 O *Common Law* na atualidade: Princípios Fundamentais

Enquanto a maior parte dos sistemas legais caracterizam-se por lei codificada, a lei americana e inglesa é majoritariamente *judge-made law*.⁴¹ Assim, pode-se afirmar que *Common law* é a lei derivada de decisões judiciais em detrimento de leis advindas da promulgação pela Legislatura (*statute law*).⁴²

One might wonder why judge-made law survived in England at a time when it was abandoned in the rest of Europe. The common law survived two major threats to its existence. The first came during the 16th and 17th centuries when the common law faced competition from more accessible Roman-canon law. However, this was also the time of the struggle for supremacy between the King and Parliament—a struggle which Parliament eventually won. The losing Royalists favored Roman-canon law, which was simpler and its procedure and content more easily controlled by the King. The common law, which Parliament favored, represented a guarantee of freedom, in large part because its ponderous, formalistic procedures and strong judges made the courts more difficult for the King to control.

*The second threat to the common law's existence was the French Revolution. Its democratic theory maintained that the legislature was the only proper source of positive law in an enlightened democratic age. This strong feeling against judge-made law was largely prompted by the fact that aristocratic pre-revolutionary French judges of the parlements had used their independence and broad power to sabotage statutory reforms sought by the French Crown in efforts to pass moderate reforms to stave off revolution. The reaction to this in France was to limit strictly the powers of judges in order to assure that they could never again have the power to do anything more than strictly apply the law as set out by the legislature. This idea spread to other parts of continental Europe as a result of the great influence of the ideas of the French Revolution.*⁴³

⁴¹ BLACK, *op. cit.*, p. 845: “JUDGE-MADE LAW: The law established by judicial precedent rather than by statute.”

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/common_law> Acesso em: 20.04.2014. “JUDGE-MADE LAW: Law that is derived from judicial decisions instead of from statutes.”

⁴² BLACK, *op. cit.* p. 845. No original: “STATUTE LAW: The law established by judicial precedent rather than by statute.”

⁴³ BURNHAM, *op. cit.*, p. 02. Tradução livre: Pode-se imaginar a razão pela qual a lei feita pelo juiz sobreviveu na Inglaterra em um tempo em que foi abandonada no restante da Europa. A lei comum sobreviveu a duas grandes ameaças a sua existência. A primeira surgiu durante os séculos XVI e XVII quando a lei comum enfrentou competição da mais acessível lei Romano-canônica. Entretanto, este também era um período de competição pela supremacia entre o Rei e o Parlamento – competição que o Parlamento eventualmente ganhou. As realzas derrotadas favoreceram a lei Romano-canônica, que era mais simples e seu procedimento e

Em outras palavras, como conceitua Black, “a lei comum pode designar toda aquela parte da lei positiva, teoria jurídica, e costumes antigos de qualquer estado ou nação que é de geral ou universal aplicação, colocando regras ou costumes especiais ou locais”.⁴⁴

Por sua vez, os princípios institucionais da *Common law* estão enraizados na função social dos tribunais.⁴⁵ As cortes cumprem diversas funções, mas duas delas são primordiais. A primeira delas concerne à resolução de disputas de forma conclusiva; a segunda, ao enriquecimento e o abastecimento de regras legais da conduta social, de forma a desafogar o Poder Legislativo para a tomada de decisões de governo, o que acaba por determinar padrões sociais existentes.

Sociedades complexas caracteristicamente necessitam de uma instituição que consiga conclusivamente resolver disputas derivadas de reivindicações embasadas no direito, significando, a implicação dos padrões existentes na sociedade.⁴⁶ Nas sociedades de *common law*, assim como nas de matriz romano-germânica, esta instituição é o Poder Judiciário, e a resolução de tais disputas constitui a função central dos tribunais. É importante notar que no *common law* há uma clara distinção entre resolver disputas e conflitos, como ensina Eisenberg: “a função de conclusivamente resolver disputas deve ser distinguida da função de conclusivamente resolver conflitos. A resolução de uma disputa pela corte pode não resolver um conflito em ênfase entre as partes que deram origem a disputa.”⁴⁷

conteúdo mais facilmente controlados pelo Rei. A lei comum, que o Parlamento favoreceu, representava a garantia de liberdade, em grande parte porque seu procedimento formalístico e ponderativo, e juízes fortes dificultou o controle das cortes pelo Rei.

A segunda ameaça à existência da lei comum foi a Revolução Francesa. Sua teoria democrática sustentava que a legislatura era a única fonte apropriada de direito positivo em um período de iluminismo democrático. Este forte sentimento contra a lei estabelecida pelo juiz era largamente ampliado pelo fato de juízes aristocratas franceses pré-revolucionários do parlamento terem utilizado sua independência e amplos poderes para sabotar reformas legislativas idealizadas pela Coroa Francesa, em esforços para aprovar reformas moderadas visando apaziguar a revolução. A reação a isto na França foi limitar estritamente os poderes do juiz para assegurar que eles não poderiam nunca mais ter o poder de fazer mais do que aplicar estritamente a lei como posta pela legislatura. Essa ideia espalhou-se para outras partes do continente Europeu como um resultado da grande influência das ideias da Revolução Francesa.

⁴⁴ BLACK, *op. cit.* p. 347. Tradução livre. No original: *In a wider sense than any of the foregoing, the "common law" may designate all that part of the positive law, juristic theory, and ancient custom of any state or nation which is of general and universal application, thus marking off special or local rules or customs.*

⁴⁵ Nesse sentido, CASTILLO-GERDING, *op. cit.*, p. 01: *"In no other legal system is the development of the law as closely associated with its historical background as in the American and English legal systems. So it is not unusual even today for legal actions to be adjudged on the authority of a precedent dating back to the 16th or 17th century."*

⁴⁶ DAINOW, *op. cit.*, p. 425. *"Actually, the common law was conceived as being all-inclusive and complete; if a rule had not already been formulated, it was the judge's responsibility to declare it. Thus, judicial decisions were both the source and the proof of the law, pronounced in connection with actual cases."*

⁴⁷ EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of Common Law**. Londres: Harvard University Press, 1991. p. 163. Tradução livre. No original: *"the function of conclusively resolving disputes should be distinguished from the function of conclusively resolving conflict. A court's resolution of a dispute may not resolve an underlying conflict between the parties that precipitated the dispute."*

A segunda função primordial dos tribunais é o enriquecimento do abastecimento de regras legais.⁴⁸ Segundo Eisenberg, estas sociedades possuem uma enorme demanda por regras legais pelas quais atores privados possam viver, planejar-se e estabelecer-se. O Poder Legislativo não pode satisfazer adequadamente esta demanda, pois a capacidade da legislatura de gerar regras legais é limitada, sendo que grande parte desta capacidade deve ser alocada para a produção de regras concernindo assuntos governamentais, como gastos públicos, impostos e administração; regras consideradas como além da competência dos tribunais, como a definição de crimes; e regras que são mais bem administradas pela máquina burocrática, como princípios para a fixação das taxas cobradas pelos setores privados regulados.⁴⁹

Desta forma, “é socialmente desejável que as cortes atuem para enriquecer o suprimento de regras legais que governam a conduta social – não por tomar a produção de leis como uma função de livre vontade, mas por atribuir ênfase muito maior ao estabelecimento das regras legais (sentença) do que seria necessário caso a única função dos tribunais fosse resolver disputas”.⁵⁰

Nas palavras de Andrade: A característica desse sistema, portanto, é a criação do Direito pelo juiz (*judge-made law*) em contraposição ao Direito estabelecido por órgão não integrante do Poder Judiciário (*statute law*).⁵¹

Como fonte de direito positivo, legislação e decisões judiciais tem lugar nos dois sistemas, seja *common* ou *civil law*, mas sua importância relativa é muito diferente. Não é conducente para uma melhor compreensão de ambos dizermos que a diferença reside

⁴⁸ DAINOW, *op. cit.*, p. 425. “What gave stability and continuity to this system was the doctrine of “precedent.” Once a point had been decided, the same result had to be reached for the same problem; the judge was obliged to “follow” the earlier decision, the precedent. However, since courts are jealous of their prerogatives, the rule of precedente was applied only to the “ratio decidendi” or the exact point which was indispensable and necessary to reach a decision. Non-essential points were classified as “obiter dicta” and were not binding.”

⁴⁹ DAINOW, *op. cit.*, p. 425-426, complementa: “Of course, there is also legislation in the common-law countries. The first striking feature about this legislation is that statutes are usually not formulated in terms of general principles but consist rather of particular rules intended to control certain fact situations specified with considerable detail. [...] drafting of bills for legislative consideration became an art in the expression of succinct detail in order to assure maximum fulfillment of the legislative intent in specific situation”.

⁵⁰ EISENBERG, *op. cit.* p. 05. Tradução livre. No original: “it is socially desirable that the courts should act to enrich the supply of legal rules that govern social conduct – not by taking on lawmaking as a free-standing function, but by attaching much greater emphasis to the establishment of legal rules than would be necessary if the courts’ sole function was the resolution of disputes”. Adiante, acrescenta em nota de rodapé: “The court may perform a variety of less critical functions that are generally consistent with the two Paramount functions discussed in the text. For example, the courts may make certain kinds of determinations, particularly those relating to personal status, even in the absence of a dispute”.

⁵¹ ANDRADE, André Gustavo Correa de. **Dano moral & indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 118.

unicamente no grau de atenção dedicada à legislação ou às decisões judiciais em cada um destes ordenamentos.⁵²

Eisenberg define quatro *foundational principles* (princípios fundamentais) que governam a maneira pela qual o direito é estabelecido e alterado pelos tribunais: *objectivity* (objetividade), *support* (congruência), *replicability* (replicabilidade) e *responsiveness* (receptividade).⁵³

O princípio da Objetividade (*Objectivity*) engloba uma série de conceitos, que para o jurista romano-germânico são claramente definidos em virtude do caráter codificador de seu sistema, como a imparcialidade do julgador. Também representa o conceito da universalidade, pelo qual os tribunais devem resolver disputas através do estabelecimento de regras aplicáveis não apenas ao caso concreto, mas a todos os demais casos que apresentarem características similares futuramente (*stare decisis*).

Congruência (*Support*) é o princípio responsável por diferenciar tribunais de legislaturas no *Common Law*. Não é suficiente que as cortes estabeleçam e apliquem normas de forma objetiva e em sentido universal. Estas regras devem ser congruentes com o padrão geral da sociedade ou com o padrão especial do sistema legal. Neste sentido um tribunal difere-se de uma legislatura, a qual pode apropriadamente adotar regras legais que não adequem-se a este padrão.⁵⁴

O princípio da Replicabilidade (*Replicability*) serve como instrumento de coordenada que cria um canal pelo qual o raciocínio da profissão pode fluir, permitindo que atores privados realizem planos individuais e coletivos, bem como resolvam disputas com base em lei sem a necessidade de intervenção oficial. Pode-se dizer que a replicabilidade serve ao propósito da previsibilidade.

O princípio da Receptividade (*Responsiveness*) serve como base do mecanismo de *feedback* crítico e aumenta a legitimidade do tribunal, fornecendo uma medida de responsabilização judicial. As cortes não são obrigadas a seguir as opiniões dos doutrinadores e demais profissionais jurídicos mas são obrigadas a serem receptivas àquilo que estes tem a dizer. Esta obrigação faz com que os tribunais atentem ao discurso e estejam preparados para

⁵² DAINOW, *op. cit.*, p. 427.

⁵³ DAINOW, *op. cit.*, p. 425, complementa: “*The first two of these techniques, following precedente and applying the rule, assured stability and continuity of the law with the corollary of a reasonable protection of the parties involved and the security of legal relationships. The latter two techniques, distinguishing and overruling, made room for flexibility and permitted adjustment to new condition.*”

⁵⁴ EISENBERG, *op. cit.*, estabelece uma série de distinções entre Cortes e legislaturas a partir de três campos de análise: função social, estrutura e equidade.

modificar seu entendimento quando os argumentos forem suficientemente convincentes ou a conceder razões pelas quais não o são.⁵⁵

Os princípios fundamentais, bem como as considerações de função, estrutura e justiça que os definem, provém às bases para determinar os critérios que as proposições sociais⁵⁶ (*social propositions*) devem satisfazer em ordem para figurar na argumentação do *Common Law*. Juntamente com os padrões que o *common law* deve satisfazer, os princípios fundamentais também fornecem as bases para os princípios institucionais mais específicos que ordenam os modos básicos de argumentação no *common law*.

Para Andrade, “em certa medida, a ausência de um conjunto pormenorizado de regras escritas impulsiona o julgador, no sistema de *common law*, à busca de soluções solidamente fundadas na razão e na argumentação.”⁵⁷

Sendo assim, resumidamente, pode-se distinguir a metodologia do operador jurídico do *Common Law* e de sua contraparte no *Civil Law* vez que, enquanto o primeiro trabalha basicamente com casos decididos, os precedentes, o segundo utiliza códigos e literatura doutrinal. Isto significa dizer que o *common lawyer* argumenta de instâncias particulares em direção a princípios gerais capazes de aplicação ao problema em mãos, ao passo que o *civil lawyer* deve argumentar a partir de princípios gerais ao encontro de regras particulares.⁵⁸

In civil law countries, the treatises and commentaries of legal writers are generally expressed in the form of systematic expositions and in discussions about broad legal principles. These works formulate general theories about the basic codes and legislation, in relation to the evolution of the legal system as a whole. In common-law countries, there is not as large a quantity of doctrinal writings, and these are likely to consist of analyses of decided cases with the object of classifying them and distinguishing the rules they represent. The evolution of the law is traced by means of individual points progressively established in a series of judicial decisions. The purpose of these doctrinal writings is thus to compile the decided cases, and then to establish and evaluate their distilled essence. The cases are classified and arranged in a manner which will show up the evolution of the law. As authorities in their pleadings and in their judgments, the attorneys and the judges primarily cite previous cases rather than works of doctrine. In the civil law, the doctrine is an inherent part of the system and is indispensable to a systematic and analytical

⁵⁵ Segundo o Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira, expoente da Universidade Federal de Santa Catarina, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105/2015, introduz um sistema de precedentes “à brasileira”, através da leitura combinada dos artigos 311, II; 332; 496, § 4º; 926; 927; 932, IV; 955, parágrafo único e 1035. Quanto ao princípio aqui descrito, *Responsiveness*, trás o novo CPC artigo interessantíssimo:

Art. 489, § 1º: *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

⁵⁶ Eisenberg considera a existência de pelo menos três proposições sociais: *moral norms* (normas morais), *policies* (políticas públicas) e *experiential propositions* (proposições experienciais).

⁵⁷ ANDRADE, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁸ DAINOW, *op. cit.*, p. 427.

*understanding of it. The doctrine is not a recognized source of law, but it has exercised a great influence in the development of the law. It molds the minds of students, it gives direction to the work of the practitioners and to the deliberations of the judges, and it guides the legislators towards consistency and systematization.*⁵⁹

Outra consequência inerente à diferença sistemática é que o *common lawyer* agrega valor maior à tomada de decisão judicial, a tradição da Corte, do que fazem os operadores jurídicos moldados por doutrinas. Em suma, lembra-se aqui a máxima da *civil law*, *non exemplis sed legibus judicandum est*⁶⁰.

Ainda assim, em *Civil law* as “Cortes também desejam preservar sua consistência na aplicação dos costumes que as guiam, dedicando atenção ao seu próprio passado prático.”⁶¹ Pode-se dizer que tanto não infringe a máxima *non exemplis sed legibus judicandum est* porque o *exemplis* não é utilizado para interpretar ou contradizer a *leges*, mas para providenciar evidências de princípios não escritos.⁶²

Mesmo admitindo que a *Civil Law* e a *Common Law* começaram em extremos opostos, por vezes, diz-se que, como resultado dos movimentos que cada um destes fez em direção ao outro, não há mais muita diferença entre eles. As mesmas necessidades sociais, bem como similaridade de condições econômicas e técnicas, levaram à adoção de soluções

⁵⁹ DAINOW, *op. cit.*, p. 428. Tradução livre: Em países de *civil law*, os tratados e comentários de doutrinadores são geralmente expressados na forma de exposições sistemáticas e em discussões acerca de amplos princípios legais. Estes trabalhos formulam teorias gerais sobre os códigos e legislações básicas, em relação à evolução dos sistemas legais como um todo. Em países de *common law*, não há a mesma quantidade de escritos doutrinários e estes são mais propícios a consistir de análises de casos decididos com o objetivo de classificá-los e distinguir as regras que representam. A evolução da lei é traçada através de pontos individuais progressivamente estabelecidos em uma série de decisões judiciais. O propósito desses escritos doutrinários é, portanto, compilar os casos decididos e então estabelecer e avaliar sua refinada essência. Os casos são classificados e arranjados em uma maneira que mostrará a evolução da lei. Como autoridades em seus requerimentos e em seus julgamentos, os advogados e os juízes primeiramente citam casos anteriores ao invés de trabalhos doutrinários. Na *civil law*, a doutrina é uma parte inerente do sistema e é indispensável um entendimento sistemático e analítico deste. A doutrina não é uma fonte de direito reconhecida, entretanto esta tenha exercido grande influência no desenvolvimento da lei. Ela molda a mente dos estudantes, orienta o trabalho dos juristas e as deliberações dos juízes, bem como guia o legislador a direção da consistência e sistematização.

⁶⁰ KOCHER, Henerik. **Dicionário de Expressões e Frases Latinas**. Disponível em: <http://www.hkocher.info/minha_pagina/dicionario/n13.htm>. Acesso em: 24.05.2015. “Deve-se julgar pelas leis, não pelos precedentes.”

⁶¹ BAKER (2000), *op. cit.* p. 108. Tradução livre. No original: “*Courts themselves would also wish to preserve consistency in their application of the customs which bound them, by having regard to their own past practice*”. Nesse sentido, DAINOW, *op. cit.*, p. 427: “*In some countries like France and Belgium, the practice has been consolidated that when a certain point has been consistently decided in the same way by an appreciable number of cases, it becomes “jurisprudence constante” and is considered binding in future cases. This serves to stabilize the interpretation of the law.*” Figura assimilável no Brasil são as Súmulas Vinculantes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶² DAINOW, *op. cit.*, p. 426: “*In the civil law system, courts are not bound to follow previous judicial decisions. Each new decision must be grounded on the authority of the legislative text which provides the basis of continuity and stability. This does not preclude the same result in a later case, because the same text and the same reasons lead to the same conclusion. However, there is no binding rule of precedent; each case must be decided on the primary authority of legislation, and the reasons for the decision must be stated.*”

similares aos seus problemas legais.⁶³ Se for verdade que os resultados são tão próximos uns aos outros, entretanto os métodos utilizados para alcançá-los são extremamente divergentes, e isto não é uma questão simples de se analisar.

Por outro lado, também não seria correto dizer que não houve reaproximação alguma entre esses dois sistemas. A importância e função da legislação e decisões judiciais na *civil law*, por um lado, e no *common law*, por outro, não são tão marcantes a ponto de serem mutuamente exclusivas.⁶⁴

*In its own ethnic and historical framework, each system has served well the society in which it functions; each has demonstrated its ability to satisfy the social and economic needs of a society in constant change. Each has also maintained a balance between the elements of flexibility and adaptation, on the one hand, while assuring the essential attributes of stability and security, on the other.*⁶⁵

Em cada país, um sistema legal é parte da vida e cultura do povo pelo qual se desenvolveu. Sua evolução, incluindo sua susceptibilidade às influências externas, não podem ser dissociadas de suas próprias características. Isto é o que faz do estudo comparado algo útil em um mundo onde relações internacionais ganham cada vez maior importância.

Imperioso esclarecer que os princípios aqui supra elencados não são claramente apresentados e definidos no *Common Law*. Pelo contrário, diferentemente da matriz romano-germânica, onde se realiza a codificação tanto de regras quanto de princípios, seja através de Constituição ou códigos específicos, os países que adotam a chamada lei comum possuem, em maior e menor grau, sistemas difusos de organização, em grande parte baseados na tradição da oralidade.⁶⁶

A metodologia aqui aplicada, com aporte na obra *The Nature of Common Law*, visa facilitar a compreensão deste sistema por parte dos juristas de tradição civilista, vez que o autor, Eisenberg, ilustre professor da Universidade da Califórnia, Berkeley, apresenta substancial análise, buscando, com sucesso, delimitar os mais importantes aspectos da natureza do *Common Law*.

⁶³ DAINOW, *op. cit.*, p. 435.

⁶⁴ DAINOW, *op. cit.*, p. 435: *Each system possesses strong characteristics of a distinct and comprehensive nature that establish its own individuality. This does not prevent a country having one of these legal systems from borrowing or incorporating some of the traditional features of the other. However, when this happens, the extent of incorporation is relatively so slight that it does not have the effect of altering the fundamental nature of the system, which remains in the final analysis what it has always been.*

⁶⁵ DAINOW, *op. cit.*, p. 435.

⁶⁶ DAINOW, *op. cit.*, p. 429. *Thus, the great names of the civil law are the names of professors who wrote the treatises and created the doctrine, e.g., Bartolus, Domat, Pothier, Savigny, Ihering, Planiol, Capitant, Laurent and Depage. By contrast, the heroes of the common law are the outstanding judges who contributed most to its development, like Coke, Hardwicke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes and Brandeis.*

1.1.3 Doutrina dos Precedentes: a regra do *Stare Decisis*

Segundo Eisenberg, a *Common Law* deve buscar satisfazer três ideais: congruência social, consistência sistêmica e estabilidade doutrinal.

As considerações acerca da estabilidade doutrinal podem ser examinadas com maior aplicabilidade considerando-se a expressão mais significativa desta, o princípio institucional do *stare decisis*.

Inicialmente, é necessário apresentar distinção elementar, porém essencial, ou seja, aquela que separa *Stare decisis* de *Res Judicata*, ou *Adjudicata*, como erroneamente colocam alguns. *Res Judicata*, ou coisa julgada, é a regra de que o julgamento ou determinação de mérito exarada por uma corte na jurisdição competente é conclusiva e decide o direito das partes e de terceiros interessados no litígio. Para ser aplicada, requer identidade de objeto, bem como de causa de pedir, pessoas e partes da ação. É a igualdade absoluta de um processo já analisado pelo sistema judiciário e uma segunda demanda que corresponde em todos os aspectos à primeira. A expressão advém da *Civil law* e sua substância é que um assunto, após decidido judicialmente, está decidido permanentemente.⁶⁷

Por outro lado, a expressão *stare decisis* vem do latim e significa literalmente "posicionar-se por matérias decididas." A expressão em si é uma abreviação da frase latina "*stare decisis et non quieta movere*" que traduz-se como "posicionar-se por decisões e não perturbar assuntos resolvidos".⁶⁸ *Stare decisis* é essencialmente a doutrina do precedente.⁶⁹

⁶⁷ BLACK, *op. cit.*, p. 1469. "*RES JUDICATA*. A matter adjudged; a thing judicially acted upon or decided; a thing or matter settled by judgment. A phrase of the civil law, constantly quoted in the books. *Epstein v. Soskin*, 86 Misc. Rep. 94, 148 N.Y.S. 323, 324; Rule that final judgment or decree on merits by court of competent jurisdiction is conclusive of rights of parties or their privies in all later suits on points and matters determined in former suit. *American S. S. Co. v. Wickwire Spencer Steel Co.*, D.C.N.Y., 8 F.Supp. 562, 566. And to be applicable, requires identity in thing sued for as well as identity of cause of action, of persons and parties to action, and of quality in persons for or against whom claim is made. *Freudenreich v. Mayor and Council of Borough of Fairview*, 114 N.J.L. 290, 176 A. 162, 163. The sum and substance of the whole rule is that a matter once judicially decided is finally decided. *Massie v. Paul*, 263 Ky. 183, 92 S.W.2d 11, 14. See, also, *Res Adjudicata*, *supra*.

RES ADJUDICATA. A common but indefensible misspelling of *res judicata*. The latter term designates a point or question or subject-matter which was in controversy or dispute and has been authoritatively and finally settled by the decision of a court; that issuable fact once legally determined is conclusive as between parties in same action or subsequent proceeding. *Tiffany Production of California v. Superior Court of California for Los Angeles County*, 131 Cal.App. 729, 22 P. 2d 275. *Res adjudicata* (if there be such a term) could only mean an article or subject of property "awarded to" a. given person by the judgment of a court, which might perhaps be the case in *replevin* and similar actions."

⁶⁸ GEAREY *Op. cit.* p. 54. Disponível em: <www.londoninternational.ac.uk> Acesso em: 20/08/2015. *Case law is binding because of the doctrine of precedent or stare decisis (this term is from the Latin phrase stare decisis et non quieta movere, meaning to 'to stand by decisions and not disturb that which is settled'), thus judges are expected to decide 'like' cases in the same way.*

⁶⁹ CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis> Acesso em: 19/07/2014. "*Courts cite to stare decisis when an*

Sob este princípio, como é tradicionalmente formulado, a *ratio decidendi*, *holding* ou *rule* de um precedente vincula casos subsequentes, dentro de certos limites, se o precedente satisfizer certas condições formais, como ter sido estabelecido por uma corte de um nível designado em uma jurisdição relevante.⁷⁰

A literatura acerca do papel do *stare decisis* data de pelo menos o final do século XIX. O argumento mais proeminente é que a regra estabelecida por precedentes provê estabilidade para as decisões da Corte. Já em 1896, James Kent⁷¹ foi muito claro quanto à necessidade de observar-se *stare decisis*, em primeiro lugar:

It would, therefore, be extremely inconvenient to the public, if precedents were not duly regarded and implicitly followed. It is by the notoriety and stability of such rules that professional men can give safe advice to those who consult them; and people in general can venture with condence to buy and trust, and to deal with each other.

Conforme Black, é a doutrina de que quando a corte tiver estabelecido um princípio legal como aplicável a um determinado estado de fatos, irá aderir aquele princípio, e aplicá-lo a todos os casos futuros, onde os fatos sejam substancialmente os mesmos.⁷²

A doutrina do *stare decisis* é a política das cortes de guiar-se, ou “aderir”, pelo que se decidiu previamente. Em geral, a partir do momento em que uma corte estabelecer um posicionamento sobre uma determinada matéria, ela decidirá casos subsequentes que contenham substancial similitude fática em consistência com suas decisões passadas. Estes julgados anteriores tornam-se precedentes vinculativos aos casos futuros.

Um elemento integral do *stare decisis* é também qual corte possui autoridade vinculativa sob outra. Onde a decisão de um tribunal possuir poder de “amarrar” (*binding precedent*) cortes inferiores, casos previamente decididos deste tribunal superior tornam-se precedente vinculante para casos futuros das cortes inferiores naquela jurisdição.

“Basically, under the doctrine of stare decisis, the decision of a higher court within the same provincial jurisdiction acts as binding authority on a lower court within that same jurisdiction. The decision of a court of another jurisdiction only acts as persuasive authority. The degree of persuasiveness is dependent upon various

issue has been previously brought to the court and a ruling already issued. Generally, courts will adhere to the previous ruling, though this is not universally true.”

⁷⁰ PERREL, Paul M. *Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument. 2:2,3 Legal Research Update 11-21 (1987)*. Disponível em: <<http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/>> Acesso em: 02.10.2015.

⁷¹ KENT, James. *Commentaries on American Law*. 13. ed. vol. 1. Boston: Little Brown, 1884. p. 476.

⁷² BLACK, *op. cit.*, P.1577. Tradução livre. No original: *Doctrine that, when court has once laid down a principle of law as applicable to a certain state of facts, it will adhere to that principle, and apply it to all future cases, where facts are substantially the same. Moore v. City of Albany, 98 N.Y. 396, 410.*

factors, including, first, the nature of the other jurisdiction. Second, the degree of persuasiveness is dependent upon the level of court which decided the precedent case in the other jurisdiction. Other factors include the date of the precedent case, on the assumption that the more recent the case, the more reliable it will be as authority for a given proposition, although this is not necessarily so. And on some occasions, the judge's reputation may affect the degree of persuasiveness of the authority."⁷³

Concomitantemente à noção de consistência promovida pela doutrina do *stare decisis*, se a corte não conseguir encontrar um precedente vinculante para um caso em particular, ela observará precedentes oriundos de cortes sem poder vinculativo sob sua jurisdição, com o objetivo de buscar parâmetros que sirvam como guia a fim de que, novamente, consistência legal possa ser desenvolvida para casos emergentes. Em um sistema de *common law*, onde o acervo jurídico desenvolve-se substancialmente caso à caso, a doutrina do *stare decisis* é crucial para o desenvolvimento de um ordenamento consistente e confiável. Entretanto, esse processo em si não é tão simples. Juris de primeira instância não estão adstritos a decisões exaradas por tribunais do júri anteriores e, desse modo, podem julgar de forma diferente o mesmo assunto. Além disso, cada estado (ao menos nos EUA) possui seu próprio acervo jurídico de *common law*, desenvolvido independentemente de outros estados.⁷⁴

Em virtude dos princípios da congruência e replicabilidade, as cortes precisam estabelecer e aplicar regras que sejam suportadas por padrões gerais da sociedade ou por padrões especiais do sistema legal, e devem adotar um processo de argumentação que seja replicável pelos profissionais. Exatamente por isso a argumentação legal pelo precedente ocupa tamanho espaço neste sistema, vez que satisfaz ambos estes princípios.⁷⁵

⁷³ GALL, Gerald L. *The Canadian Legal System*. 2. ed. Toronto: Carswell Legal Publications. 1983. p. 220. Tradução livre: Basicamente, sobre a doutrina do *stare decisis*, a decisão de uma corte superior dentro de uma mesma jurisdição provincial age como autoridade vinculativa de uma corte inferior. A decisão de uma corte de outra jurisdição atua apenas como autoridade persuasiva. O grau de persuasão é dependente de vários fatores, incluindo, primeiramente, a natureza da outra jurisdição. Segundo, o grau de persuasão depende do nível da corte que decidiu o caso precedente nesta outra jurisdição. Outros fatores incluem a data do caso precedente, no pressuposto de que quanto mais recente for o caso, mais confiável será a autoridade para a proposição em tela, entretanto tal não será necessariamente sempre assim. E em algumas ocasiões a reputação do juiz poderá afetar o grau de persuasão da autoridade.

⁷⁴ SPRAGUE, Robert D. **Teaching Stare Decisis using Browse Wrap Agreements**. Eastern New Mexico University College of Business. Disponível em: <<http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Courts/SpragueStareDecisis.pdf>> Acesso em: 03.09.2015. p. 01.

⁷⁵ A Suprema Corte Americana já declarou, em *Welch v. Tex. Dep't of Highways & Pub. Transp.* (1987), bem como em *Payne v. Tennessee* (1991), que *stare decisis* possui importância fundamental na decisão do direito, promovendo a imparcialidade, previsibilidade e consistência dos princípios legais e contribui com a integridade pública do processo judicial. Sobre o assunto, ver: KOZEL, Randy J. *Stare Decisis as Judicial Doctrine*. **Notre Dame Law School. Washington and Lee Law Review**, Vol. 67, No. 2, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1600290> Acesso em: 20.04.2016. p. 413.

Sob o princípio da objetividade, cortes estão obrigadas a argumentar de proposições que são universais, isto é, proposições que as cortes estejam prontas a aplicar não apenas as partes integrantes da disputa imediata, mas a todos os disputantes situados em posição similar que venham a apresentar-se diante destes no futuro.⁷⁶ *Stare decisis* dá efeito a este conceito também. Sobre o *stare decisis*, a corte está ciente de que se escolher aplicar uma certa proposição para resolver a disputa entre estes litigantes hoje, podem estar obrigadas a aplicar a mesma proposição para todos os disputantes situados em situação similar. Dessa forma, desencoraja-se a corte de decidir casos na base de proposições demasiadamente personalíssimas, que não estivesse disposta a aplicar a todos os demais casos.⁷⁷

“Nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, a jurisprudência, que tem força meramente persuasiva, é, comumente, citada pela sua ementa. Na invocação de um julgado, dá-se grande importância à parte dispositiva, pouca à sua fundamentação e quase nenhuma às circunstâncias de fato subjacentes. Já no sistema de common law, o precedente é examinado em seu conjunto. Cumpre distinguir, de seu inteiro teor, aquilo que lhe é essencial, ou seja, a determinação da regra de Direito (holding ou ratio decidendi), que deverá ser seguida no futuro, daquilo que lhe é incidental e que, por não se relacionar diretamente com o caso, não tem força obrigatória (obiter dictum ou, simplesmente, dictum). [...] A regra do stare decisis é flexibilizada pela possibilidade de mudança de jurisprudência (overrule a precedent). As regras estabelecidas nos precedents podem ser modificadas pelas própria corte da qual emanaram ou por corte de hierarquia superior. Tais mudanças são mais freqüentes na jurisprudência americana do que na inglesa, o que é explicado pela própria complexidade da sociedade americana e de seu sistema jurídico.”⁷⁸

Stare decisis também serve como base para a função de enriquecer o suplemento de regras legais pelos tribunais, vez que um precedente é concebido principalmente como uma lei porque terá força vinculativa. A doutrina do *stare decisis* faz com que planejar-se com base em lei seja mais confiável e facilita a resolução de disputas com base na lei,⁷⁹ vez que esta satisfaz a expectativa de que casos iguais serão tratados igualmente.⁸⁰

⁷⁶ PERELL, *Op. cit.* “What the doctrine of precedent declares is that cases must be decided the same way when their material facts are the same. Obviously it does not require that all the facts should be the same. We know that in the flux of life all the facts of a case will never recur, but the legally material facts may recur and it is with these that the doctrine is concerned.”

⁷⁷ O tema foi debatido em casos emblemáticos da Suprema Corte Americana sobre *Establishment Clause* como: *Lynch v. Donnelly* (1984) e *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU* (1989).

⁷⁸ ANDRADE, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁹ RE, Edward D. **Remarks Regarding Stare Decisis Presented at a Seminar for Federal Appellate Judges Sponsored by the Federal Judicial Center.** 13-16 de Maio, 1975. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/staredec.pdf/\\$file/staredec.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/staredec.pdf/$file/staredec.pdf)> Acesso em: 04.07.2015. p. 01. “Stability requires a continuity with the past, and is necessary to permit members of a society to conduct their daily affairs with a reasonable degree of certainty as to the legal consequences of their acts. Change implies a variation or alteration of that which is fixed and stable. Without change, however, there can be no progress.”

⁸⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: University Press. 2008. p. 109.

Certamente, *Stare decisis* constitui a característica mais marcante da doutrina dos precedentes no sistema de *Common Law*. Contudo, tanto não significa afirmar que o *judge-made law* britânico conforma-se em ordenamento estático e imutável em decorrência do respeito às decisões previamente exaradas. A capacidade de adequar-se às alterações tecnológicas e sociais é elementar a qualquer modelo legal que se deseje analisar, não podendo ser diferente no sistema em estudo.

Basicamente, as maneiras mais usuais pelas quais se busca a alteração de um precedente – ou a não aplicação deste a um litígio específico – são: *Distinguishing* e *Overruling*.

O verbo *to distinguish*, na linguagem jurídica, segundo Black, significa apontar uma diferença essencial; demonstrar que um caso referido como aplicável, de fato, não o é.⁸¹ Esta, basicamente, constitui uma das atividades mais frequentes dos advogados em sua prática laboral cotidiana. *Distinguishing* pode ser definido como um método argumentativo utilizado para comprovar que um determinado caso em discussão, em seus fatos ou em alguma especificidade jurídica, é diferente do caso paradigma previamente apontado como idêntico no qual decisão diversa fora concebida.

Dessa maneira, através da distinção realizada afasta-se a aplicação do precedente, não porque seu fundamento já não se enquadra aos padrões da sociedade em que se encontra, mas simplesmente porque as peculiaridades do litígio são tamanhas e capazes de ensejar entendimento diverso daquele já elaborado anteriormente pela Corte. Percebe-se que, ao final, caso acolhida a distinção elencada, não haverá substituição de um entendimento por outro, pelo contrário, a coexistência pacífica de dois precedentes cabíveis cada qual a um conjunto fático-jurídico independente e diverso.⁸²

Por sua vez, *overrule* diz respeito à superação de um precedente. Refere-se à alteração de entendimento da Corte, a qual decide em sentido diretamente oposto ao precedente anteriormente existente.⁸³ As razões capazes de provocar um *overruling* são

⁸¹ BLACK, *Op. cit.* p. 561. “*DISTINGUISH. To point out an essential difference; to prove a case cited as applicable, inapplicable.*”

⁸² Como exemplo do exposto cita-se o caso FCUK (Trade Mark: Invalidity) [2005] UKIntelP o33005, de 20.12.2005, no qual se discutiu a aplicação ou não do precedente FOOK (Trade Mark: Ex Parte) [2004] UKIntelP o13304, o caso *Scranage's Trade Mark Application* 0/182/05, de 13.05.2004, ambos envolvendo a relação da marca que se desejava registrar com a similaridade visual e fonética com a palavra ofensiva f**k, o que inviabilizaria o registro por violação aos bons costumes.

⁸³ BLACK, *Op. cit.* p. 1257-1258. “*OVERRULE. To supersede; annul; make void; reject by subsequent action or decision. A judicial decision is said to be overruled when a later decision, rendered by the same court or by a superior court in the same system, expresses a judgment upon the same question of law directly opposite to that which was before given, thereby depriving the earlier opinion of all authority as a precedent. The term is not properly applied to conflicting decisions on the same point by co-ordinate or independent tribunals. It also*

diversas, podem decorrer de inovações tecnológicas, que transformam o precedente em algo obsoleto, incapaz de dar resposta às necessidades de mercado; ou mesmo alterações de padrões morais da sociedade evidenciadas pelo transcurso do tempo.⁸⁴ Seja qual for o caso, a frequência com que acontecem é mínima, vez que o direito visa dar estabilidade e previsibilidade às relações privadas. Do mesmo modo, se as cortes possuísem o poder de suplantar precedentes quando e por qualquer razão que quisessem, a doutrina do *Stare decisis* simplesmente não existiria. Portanto, *overruling* não pode ser uma licença para magistrados fazerem o que quiserem.⁸⁵

1.2 NOÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL (*TORT LAW*) NO *COMMON LAW*

1.2.1 Conceito do termo *Tort Law*

A responsabilidade civil apresenta traços bastante peculiares no *common law*.

A palavra *tort* deriva do Latim *tortus* ou *twisted*⁸⁶. “Tort” é encontrado na língua francesa, e em algum momento esteve em uso corrente no inglês como sinônimo de “wrong” (erro). Quando desapareceu da língua comum permaneceu no direito e gradualmente adquiriu um significado técnico.⁸⁷

*Tort*⁸⁸ é comumente definido como um ato ilícito (*wrongful act* ou *civil wrong*) ou omissão que resulta na responsabilidade para com uma pessoa lesada pela conduta danosa.⁸⁹ Para Pollock, “*tort* é um ato ou omissão que dá origem, em virtude da jurisdição de lei

signifies that a majority of the judges of a court have decided against the opinion of the minority, in which case the minority judges are said to be overruled. To refuse to sustain, or recognize as sufficient, an objection made in the course of a trial, as to the introduction of particular evidence, etc.”

⁸⁴ Quanto a esta última situação, menciona-se a recente decisão da Suprema Corte America, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015), a qual explicitamente revogou o entendimento de *Richard John Baker v. Gerald R. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971), no qual estabelecia-se que a limitação pelo Estado do casamento às relações entre sexos diferentes não violava a Constituição Americana.

⁸⁵ DUXBURY. *Op. cit.* p. 110.

⁸⁶ WEBSTER, Merriam. **Merriam-Webster Online Dictionary**, 2016. Disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/tort>> Acesso em: 04.10.2015. “*Middle English, injury, from Anglo-French, from Medieval Latin tortum, from Latin, neuter of tortus twisted, from past participle of torquere. First Known Use: 1586.*”

⁸⁷ PROSSER, William L. **Handbook of the Law of Torts**. St. Paul, Minessota: West Publishing Company, 1980. p.02.

⁸⁸ CASTILLO-GERDING. *Op. cit.* p. 01. “*A private or civil wrong or injury, other than breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages. There must always be a violation of some duty owing to plaintiff, and generally such duty must arise by operation of law and not by mere agreement of the parties.*”

⁸⁹ COX, Colleen. **Introduction to Common Law of Torts**. Common Law of Torts Overhead Material. Westfälische Wilhelms-Universität Münster. 2014. “*Tort means a wrongful act or omission that results in civil liability to a person injured by the tortious conduct.*”

comum de uma Corte, a uma reparação de natureza civil que não é uma ação baseada em contrato.”⁹⁰ Segundo Prosser, “*tort* é um ato ilícito, diferente da quebra de contrato, pelo qual a corte irá providenciar uma reparação na forma de uma ação de indenização por perdas e danos.”⁹¹ Pode-se dizer que todos os *torts* são *wrongs* mas nem todos os *wrongs* são *torts*, vez que estes também podem ter origem do descumprimento de obrigação contratual.⁹²

The law of torts é a lei geral de responsabilidade civil extracontratual, correspondendo ao que nas jurisdições civis é chamado de delito (*delict*)⁹³. Difere-se das leis correlatas às instâncias mais específicas da responsabilidade civil (*civil liability*), como por exemplo, quebra de contrato, enriquecimento sem causa ou violação de dever fiduciário.⁹⁴

Nós definimos *tort* como um ato ilícito civil, ou omissão daquele que possuía obrigação de agir, que não decorre de violação ou imposição de cláusula contratual e, como consequência, dá origem a obrigação de indenizar por perdas e danos.

1.2.2 Diferença entre *Tort Law* e *Criminal Law*

Segundo Seipp, no início da *common law*, a vítima de uma conduta danosa possuía a opção de, por um mesmo ato ilícito, buscar satisfação mediante um processo criminal ou um processo de responsabilização civil.⁹⁵ Entretanto, com o passar do tempo, diversas ramificações e especializações ocorreram nestas matérias, dando origem a campos de pesquisa complementemente diversos, como veremos a seguir.

Via de regra, o polo ativo em demandas envolvendo direito penal é ocupado por um agente público, no Brasil, o Promotor de Justiça.⁹⁶ Do mesmo modo, a apresentação da denúncia e posterior seguimento da ação penal independem da vontade da vítima. Por outro lado, ao se falar em responsabilidade civil, tanto no Brasil quanto nas jurisdições de *tort law*,

⁹⁰ POLLOCK, Frederick. **The Law of Torts**. 2. ed. Londres: Stevens and Sons Limited, 1890. Tradução livre. No original: “A *tort* is an act or omission giving rise, in virtue of the common law jurisdiction of the Court to a civil remedy which is not an action of contract.”

⁹¹ PROSSER, *op. cit.* p.2. Tradução livre. No original: “a *tort* is a civil wrong, other than breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages.”

⁹² MULLIS, Alastair; OLIPHANT, Ken. **Torts**. 3. ed. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2003. p. 01.

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005.

⁹⁴ MULLIS. *Op. cit.* p. 02.

⁹⁵ SIMONS, Kenneth W. The Crime/Tort Distinction: Legal Doctrine and Normative Perspectives. **Widener Law Journal**. Vol. 17. (2007). Disponível em: <http://www.bu.edu/lawlibrary/facultypublications/PDFs/Simons/Crim_Torts_Distinction.pdf> Acesso em: 03.02.2016.

⁹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm> Acesso em: 07.11.2015. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

a vítima é livre para decidir quando – e se – vai apresentar ação concernindo a lesão para apreciação judicial.

Enquanto o direito penal visa coibir a ocorrência de “ilícitos públicos”, *tort law* está preocupada com a ocorrência de “ilícitos privados”.⁹⁷ Isso significa dizer que há diferenças estruturais, especialmente, quanto à necessidade de dano como pré-requisito para a indenização, face o princípio do *neminem laedere*.⁹⁸ No direito penal, a punição não se restringe a atos que violem bens jurídicos alheios, também abarca atos que causem dano ao próprio agente; atos que ainda não causaram dano; ou simplesmente atos que são considerados imorais pela coletividade, mesmo que não danosos no sentido estrito do termo. A vítima do crime, do ilícito público, mais do que uma pessoa determinada, é a coletividade.⁹⁹

Por outro lado, *tort law*, assim como a responsabilidade civil no Brasil, não se preocupa com atos que ainda não geraram seus efeitos, quais sejam, que não tenham causado dano, uma vez que seu objetivo primordial é promover a indenização, o ressarcimento de um dano. Sendo assim, diz-se que a análise é, via de regra, *ex post facto*.¹⁰⁰

As formas de reparação também diferem. No direito penal, fala-se em sanção, punição de condutas que, no direito moderno, traduz-se como penas restritivas de liberdade, de direitos e, em alguns países, de vida.¹⁰¹ Dessa maneira, a quantidade de garantias e proteções dedicadas ao acusado, *a priori*, é uma barreira muito maior à responsabilização.¹⁰² A título exemplificativo, enquanto na seara civil a dúvida razoável (*reasonable doubt*) é suficiente para imputar a autoria, e consequente dever de indenizar, de um fato danoso ilícito a alguém, no âmbito penal exige-se a certeza quanto a esta. Ainda, em muitos casos, há necessidade de comprovação de um dolo específico para a conduta, a vontade inequívoca de

⁹⁷ YOUNG, Alan N. **The Role of the Victim in the Criminal Process: A Literature Review from 1989 to 1999**. Police Center for Victims Issues. Research and Statistics Division, 2001. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/victim/rr00_vic20/rr00_vic20.pdf> Acesso em: 12.03.2016.

⁹⁸ Ulpiano, por volta do ano 200 d. C. consagrou como preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence. “*Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere.*”

MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 02, explica que os romanos não conheciam o conceito de “responsabilidade” do modo como estabelecido atualmente e que, em princípios, os ilícitos privados eram punidos, não ressarcidos.

⁹⁹ SIMONS, *op. cit.* p. 02.

¹⁰⁰ SIMONS, *op. cit.* p. 09.

¹⁰¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 391-401.

¹⁰² McADAMS, Richard H. The political economy of criminal law and procedure: The pessimists' view. University of Chicago, **Public Law Working Paper 243 (2008)**. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/pl234.pdf>> Acesso em: 05.07.2015. p. 03.

Autores consagrados na doutrina brasileira também já se manifestaram exaustivamente quanto à falta, ou restrições de garantias penais estabelecidas em lei. Sobre o tema: DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

cometer determinada infração, para verificar-se a possibilidade de punição. Ou seja, há uma grande diferença entre *criminal* e *tort law* quanto ao *standard of proof* exigido para imputar responsabilidade.

A análise da culpa nestes dois âmbitos também difere em importância. A punição do agente pelo direito penal é proporcional à culpa e à reprovabilidade da conduta.¹⁰³ De outra maneira, em *tort law*, o remédio legal fixado para sanar um ilícito civil não varia de acordo com o grau de culpa, é proporcional à extensão do dano, vez que seu objetivo, como colocado anteriormente, é indenizar a vítima.¹⁰⁴

Suponhamos três acidentes automobilísticos distintos, que resultam no mesmo exato prejuízo para as respectivas vítimas, promovidos pelos agentes A, B, C na rodovia Beira Mar Norte de Florianópolis, Santa Catarina. No caso A, este é motorista profissional de ônibus em serviço e, mesmo exercendo toda a atenção necessária ao trabalho, colide com automóvel em virtude de falha nos freios do ônibus; B é negligente momentaneamente, pois se desconcentrou ao observar a paisagem da Ponte Hercílio Luz e bate na traseira de outro automóvel; C é gravemente negligente, pois transitava em alta velocidade, ultrapassando sinal vermelho em horário de pico, por sorte, consegue freiar no último momento, ainda assim, acertando outro veículo. Nestas três situações, o valor a ser pago – independentemente da abertura de inquérito policial para apuração da responsabilidade penal – será rigorosamente o mesmo, pois o dano provocado é idêntico.

Fator a se considerar nesse momento é a existência de um instituto típico da *common law*, e bastante festejado por alguma minoria respeitável em *terra brasilis*, chamado *punitive damages*. Diversos autores já se dedicaram ao tema, como Martins-Costa e Pargendler,¹⁰⁵ que, em linhas gerais, permite a adequação do grau de culpa do ofensor ao *quantum* devido a título de punição do agente em uma restrita quantidade de situações.¹⁰⁶ Ainda assim, nem mesmo neste instituto o grau de culpabilidade do agente é capaz de influenciar tanto a decisão do magistrado quanto no direito penal.¹⁰⁷

Outra marcante diferença é a possibilidade de responsabilização de um terceiro pela conduta danosa de outrem na seara civil. No Brasil, o caso típico é a responsabilidade dos pais pelos filhos, prevista no artigo 932, inciso I, do Código Civil.¹⁰⁸ Na Inglaterra, é

¹⁰³ NUCCI, *op. cit.* p. 391.

¹⁰⁴ SIMONS, *op. cit.* p. 03.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA. *Op. cit.*

¹⁰⁶ Aborda-se o tema com maior profundidade no Capítulo 2, 2.2. *Aggravated e Exemplary Damages*.

¹⁰⁷ SIMONS. *Op. cit.* p. 03.

¹⁰⁸ BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 07.11.2015.

característica a situação de responsabilidade objetiva (*strict liability*) por atos de terceiros (*vicarious liability*), especialmente a do patrão pelos atos ilícitos de seus funcionários. Tanto seria inadmissível no âmbito penal, onde a punição não pode passar da pessoa do condenado, o contrário seria retroceder ao velho provérbio da Lei do Talião, “olho por olho, dente por dente”, como propunha o Código de Hamurabi.

Ainda que muitos imaginem inexistir por completo lei escrita na Inglaterra ou EUA, ante a matriz do *common law*, a figura dos *statutes*, dão conta de encerrar a questão. É especialmente em matéria criminal que a lei escrita toma maior importância nestas jurisdições, frente ao princípio da legalidade e anterioridade do direito penal, uma vez que *nulla poena sine praevia lege poenali*. Ao contrário, *tort law* é considerada a matéria que mais se aproxima da essência do sistema de *judge-made law*, com raízes ainda profundas no estudo dos precedentes como maneira de elocubrar qual o direito e como ordenar a prática de atividades cotidianas, ainda que seja crescente o número de *statutes* nesse campo.

1.2.3 Considerações acerca do *Tort Law* frente à Responsabilidade Civil

Diferentemente da responsabilidade civil brasileira, onde encontramos um sistema organizado em cláusula geral de responsabilidade, através da qual, cumpridos certos requisitos reconhece-se a existência de responsabilidade, ao se falar em *tort law*, o reconhecimento da responsabilidade (*liability*) depende, algumas vezes, de prova da intenção de cometer o dano (*intention to injure*), outras de culpa accidental (*inadvertent fault*) e noutras surge na ausência de qualquer coisa que se pode chamar de culpa (*fault*). Aqui, trata-se de um sistema de casos díspares, desenvolvidos judicial e doutrinariamente ao longo de anos de tradição das Cortes, que trataram de elencar quais – e de que forma e em que condições – condutas danosas devem ser indenizadas, de acordo com os padrões que aquelas sociedades determinaram em momentos históricos variados.

A visão de que *tort law* seria uma espécie de “lata de lixo legal” que aceita tudo aquilo que não pode ser alocado em nenhum outro lugar já foi rejeitada por diversos autores, como Pollock, Winfield, Harper, Wigmore e Ward, segundo os quais ainda que de difícil formulação, certos princípios gerais abarcam a matéria.¹⁰⁹ Certo é que os *wrongs* têm pouco em comum e aparentam ser completamente desconexos entre si, com exceção talvez de seu desenvolvimento histórico accidental. “*Torts* diferentes lidam com tipos diferentes de ato

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;”

¹⁰⁹ PROSSER. *Op. cit.* Nota de rodapé nº 7.

ilícito e desenvolveram-se, comumente de forma aleatória, através do curso do tempo. Isso torna difícil, senão impossível, identificar princípios gerais sobre a lei de *torts*.¹¹⁰

O estudo dos *Torts* cobre uma vasta área, abarcando muitos casos de dano acidental (*accidental injury*), bem como interferências com a liberdade individual, reputação ou domínio sobre o próprio corpo e bens, imóveis ou interesses econômicos. É na solução dos *cases*, em sua infindável variedade, em que vão sendo traçadas as características da responsabilidade civil. O estudo do Direito é fundamentalmente realizado a partir de compilações de decisões judiciais comentadas ou anotadas (*casebooks*), de inegável inspiração nos *year books* da era medieval.¹¹¹

Ao contrário do que comumente se pensa, não há necessidade de que um *tort* tenha nome. Novos e inominados *torts* são reconhecidos constantemente, e o progresso da *common law* é marcado por muitos casos de primeira impressão (*leading cases*), nos quais a Corte tem agido corajosamente para criar novas causas de pedir (*cause of action*)¹¹², onde nenhuma havia antes sido reconhecida.¹¹³

Os principais remédios legais (*remedies*) para corrigir *torts*, sejam eles nominados ou não, é *damages* (indenização)¹¹⁴ por danos sofridos e *injunctions* (ações de não fazer)¹¹⁵ evitando que lesão ilícita (*tortious injury*) aconteça futuramente.¹¹⁶

¹¹⁰ PROSSER. *Ibid.* p. 02. Tradução livre. No original: “Different torts deal with different types of wrongful conduct and developed, often haphazardly, over the course of time. This makes it difficult, if not impossible, to identify general principles about the law of tort.”

¹¹¹ ANDRADE. *Op. cit.* p. 124.

¹¹² BLACK. *Op. cit.* p. 280. “CAUSE OF ACTION. It may sometimes mean a person having a right of action. Thus, where a legacy is left to a married woman, and she and her husband bring an action to recover it, she is called in the old books the “meritorious cause of action.” 1 H.B. 108. A distinction may be taken between “cause of action” and “right of action.” Elliott v. Chicago, M. & St. P. Ry. Co., 35 S.D. 57, 150 N.W. 777, 779. The cause of action is distinct from the “remedy.” Tonn v. Inner Shoe Tire Co., Tex.Civ.App., 260 S.W. 1078, 1080. And the cause of action may exist, though the remedy does not. Chandler v. Horne, 23 Ohio App. 1, 154 N.E. 748, 750.”

¹¹³ SMITH, Jeremiah. Torts Without Particular Names. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**. 2. ed. Volume 69. 1921. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7823&context=penn_law_review> Acesso em: 06.06.2015. p. 91-120.

¹¹⁴ BLACK. *Op. cit.* p. 466. “DAMAGES. A pecuniary compensation or indemnity, which may be recovered in the courts by any person who has suffered loss, detriment, or injury, whether to his person, property, or rights, through the unlawful act or omission or negligence of another. Scott v. Donald, 165 U.S. 58, 17 S.Ct. 265, 41 L.Ed. 632; Wainscott v. Loan Ass'n, 98 Cal. 253, 33 P. 88; Strong v. Neidermeier, 230 Mich. 117, 202 N.W. 938, 940; Greer v. Board of Com'rs of Knox County, 33 Ohio App. 539, 169 N. E. 709, 710.”

¹¹⁵ BLACK. *Ibid.* p. 923. “INJUNCTIONS. A prohibitive writ issued by a court of equity, at the suit of a party complainant, directed to a party defendant in the action, or to a party made a defendant for that purpose, forbidding the latter to do some act, or to permit his servants or agents to do some act, which he is threatening or attempting to commit, or restraining him in the continuance thereof, such act being unjust and inequitable, injurious to the plaintiff, and not such as can be adequately redressed by an action at law. Dupre v. Anderson, 45 La. Ann. 1134, 13 So. 743; City of Alma v. Loehr, 42 Kan. 368, 22 P. 424. A judicial process operating in personam, and requiring person to whom it is directed to do or refrain from doing a particular thing. Gainsburg v. Dodge, 193 Ark. 473, 101 S.W.2d 178, 180.”

Quanto aos conceitos de *damage* e *damages*, colocam Deakin, Johnston e Markesinis:

*“[t]hough one finds a great deal of case law and literature on damages, little effort has been devoted to defining damage. The common lawyer, unlike the civil lawyer, rarely asks himself the question ‘What damage is redressable in a tort action?’ since his system, for a long time, concentrated not on damnum but on injuria. The reason for this different emphasis is historical: damage awards lay, until comparatively recently, within the exclusive control of juries once the defendant’s behaviour had been found to be tortious. Only where damage was an element of tort itself could judges formulate rules in terms of damage. So the task of fixing the boundaries of liability had to be achieved through those concepts over which the judge had exclusive control. Causation, remoteness and, later, duty, were the obvious devices. This inheritance has still left its mark on modern law with the result that many issues of damages still receive – and have received in this book – their main attention under the general heading of causation”.*¹¹⁷

Walker ressalta que os comparatistas europeus costumam dar alguma atenção ao elemento dano por uma questão de necessidade, mas também optam por deslocar a análise para a responsabilidade e a indenização, enquanto “terreno comum” das diferentes jurisdições.¹¹⁸

Do mesmo modo, o referido autor assevera que essa indiferença em relação ao conceito de dano acarreta complicações, como a subsistente resistência à caracterização de determinados danos extrapatrimoniais como indenizáveis, por serem considerados pouco concretos.¹¹⁹

Como exposto anteriormente, para Prosser, “*a tort is a civil wrong, other than breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages.*” Ou seja, um *wrong* só será chamado de *tort* se o dano por ele causado, ou que está prestes a acontecer

¹¹⁶ OLIPHANT, Ken. The Nature of Tortious Liability, 2007. Em OLIPHANT, Ken. (Organizador), *The Law of Tort*. 2. ed. LexisNexis. p. 01-38.

¹¹⁷ WALKER, p. 90, *apud* DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2012, p. 940. “Embora encontre-se muita jurisprudência sobre a indenização, pouco esforço se devotou em definir o dano. O advogado atuante na *common law*, ao contrário do advogado atuante na *civil law*, rara-mente se pergunta “quê dano é ressarcível em uma ação de responsabilidade civil?”, já que seu sistema, por um longo tempo, se concentrou não no *damnum*, mas sim na *injuria*. A razão para essa ênfase diferenciada é histórica: a indenização com base no dano, até recentemente, estava exclusiva-mente sob o controle dos júris a partir do momento em que a conduta do réu fosse considerada ilícita. Apenas nos casos em que o dano era em si próprio um elemento do ilícito os juízes podiam se manifestar em termos de dano. Então a tarefa de fixar limites de responsabilidade teve de ser atingida através dos conceitos que o juiz tinha controle exclusivo. Causalidade (*causation*), proximidade da causa (*remoteness*), e o “dever de cuidado” (*duty*), foram os instrumentos óbvios. Essa herança ainda deixa marcas no direito moderno com o resultado de que muitas questões envolvendo o dano ainda são abordadas – e foram abordadas nesse livro – sob o manto da causalidade (grifos no original)”.

¹¹⁸ WALKER. *Op. cit.* p. 90.

¹¹⁹ WALKER. *Op. cit.* p. 91. “Assim, e enfrentando muita discussão doutrinária e jurisprudencial, reconhece-se hoje, na Inglaterra e nos Estados Unidos, o pain and suffering como indenizável especificamente por vir atrelado a um dano físico “concreto”, mas os wounded feelings – conceitualmente aproximados aos danos anímicos – são reparados, na Inglaterra, apenas por intermédio de uma indenização agravada”.

em decorrência deste, for capaz de ser compensado em uma ação por *damages*, ainda que outros *remedies* também estejam disponíveis. Além disso, um *tort* consiste na quebra de um dever (*breach of duty*) fixado e imposto sobre as partes pela lei, não importando o consentimento destas em assumi-lo, ou seu esforço para evadir-se.

Por exemplo, ninguém será obrigado a assumir uma obrigação contratual exceto por sua própria vontade; mas quando alguém dirige um automóvel em via pública, a lei impõe sobre este uma obrigação para com todas as pessoas na rodovia, de dirigir com cuidado razoável (*reasonable care*) por sua segurança – e isto sem o seu consentimento ou compreensão. Caso o faça e imponha dano a outrem, será um *tort*.

Diferente da responsabilidade civil no Brasil, onde as grandes divisões temáticas recaem especialmente sobre a origem da obrigação (responsabilidade contratual ou extracontratual) ou sobre o tipo de dano (morais ou materiais), o *common law of torts*, para critérios de estudo sistemático, divide-se em três grandes grupos: *Negligence* (negligência), *Strict Liability* (responsabilidade objetiva) e *Intentional Torts* (delitos intencionais). É o embate entre condutas lesivas intencionais e não intencionais.¹²⁰

É claro, estas divisões são frutos apenas da metologia padrão de ensino das disciplinas em seus respectivos países. *Tort Law* não poderia dividir-se em responsabilidade contratual e extracontratual, uma vez que o conceito de *tort* é construído a partir da ideia de quebra de dever não oriundo de contrato, ainda que em situações excepcionalíssimas seja possível sua ocorrência neste quadro. Do mesmo modo, as espécies de dano, como se verá adiante, são assunto muito mais próximo ao aprendizado da doutrina de *damages* do que o campo da *liability*.

Resumidamente, os casos de negligência ou *negligence* caracterizam-se pela responsabilidade surgir de ações ou omissões não intencionais que provocam dano a outrem ou a sua propriedade. A responsabilidade objetiva¹²¹ ou *strict liability* é aquela que não depende de negligência ou intenção de produzir resultado danoso (*intention to harm*), baseia-se no *status* do autor ou do ato isoladamente, não importa a quantidade de precauções

¹²⁰ COX. *Op. cit.*

¹²¹ Interessante ponderação apresentada por GOLDBERG, John C.P. ZIPURSKY, Benjamin C. *Tort Law and Responsibility*. 2013. Em OBERDIEK, John (Organizador), **Philosophical Foundations of the Law of Torts**. Oxford: University Press, 2014. Disponível em:

<http://www.law.harvard.edu/programs/about/privatelaw/related-content/2013-working-paper-series/goldberg_tort-law-and-responsibility_5-24-13.pdf> Acesso em: 08.09.2015. p. 06. “*Strict products liability is typically defended on overtly instrumental grounds. Some say it provides an insurance-like mechanism for spreading losses. Others say that it incentivizes those in the best position to avoid product-related accidents to take appropriate steps to prevent those accidents. Yet products liability law contains fundamental limitations on liability that are difficult to justify by reference to these instrumental considerations.*”

tomadas pelo autor ou a inexistência de culpa deste, será responsável por indenizar o dano causado.¹²² Os ilícitos intencionais ou *intentional torts* são aqueles ocasionados por ação consciente e premeditada do agente, ou em que haja certeza substancial de um resultado lesivo, contra pessoa ou propriedade.¹²³

Via de regra, o trabalho do profissional jurídico que deseje suceder em um pleito de restituição por dano sofrido, segundo *common law of torts*, será demonstrar a existência de cinco elementos básicos¹²⁴: *Duty* (dever), *breach of duty* (violação do dever), *cause in fact* (causa de fato), *proximate cause* (causa adequada), e *harm* (dano).¹²⁵

Primeiramente, será necessário comprovar a existência de um dever jurídico (*duty*) entre as partes. Genericamente falando, *duty* traduz-se como um padrão de comportamento¹²⁶, surge não apenas de imposição legal mas de situações cotidianas, como o

¹²² SIMONS, Kenneth W. The Restatement Third of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines. **Boston University School of Law Working Paper No. 09-15 (2009)**. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/documents/simonsk032309.pdf>> Acesso em: 03.02.2016. p. 04-07. “In the earlier Restatement Second of Torts, the provisions on traditional strict liability explicate the rationales for these doctrines in an almost tautological way. For the most part, the comments simply redescribe the relevant doctrine and then pretend that that redescription counts as a justification of the doctrine’s scope and content. For example, the only explanation given for strict liability for wild animals is as follows: The rule stated in this Section is based upon the fact that by keeping a wild animal of a class that has dangerous propensities, its possessor has created a danger not normal to the locality in question. [...] The Restatement Third Draft provisions and comments on traditional strict liability are an enormous improvement in this respect. [...] The draft’s principal rationales fall within two broad categories, economic and fairness. [...] These two arguments are staples of the economic literature of tort: the first argument is that strict liability sometimes improves incentives with respect to the level of care; the second, that strict liability can improve incentives with respect to the level of the activity. [...] Within the fairness category, the draft endorses three additional rationales—nonreciprocal risk, nonreciprocal benefit, and exclusive causation. (The last of these, we will see, is highly problematic.) Overall, I believe, the comments give greater weight to fairness than to purely economic justifications. Indeed, the Reporter’s Notes criticize Judge Richard Posner’s economic interpretations of strict liability on three different occasions, and specifically berate him for ignoring ethical or fairness arguments.”

¹²³ Regra geral, os manuais de *Tort Law* trazem como exemplo de *intentional tort*, ao menos: *Battery*, *assault* e *false imprisonment*. É especialmente nesse tipo de delito que o acesso de *punitive damages* está presente com maior ênfase nos EUA. Vide PROSSER, *Op. cit.* e POLLOCK, *Op. cit.*

¹²⁴ BLACK. *Op. cit.* p. 51. **ACTIONABLE TORT**. To constitute an “actionable tort,” there must be a legal duty, imposed by statute or otherwise, owing by defendant to the one injured, and in the absence of such duty damage caused is “injury without wrong” or “damnum absque injuria.” *Coleman v. California Yearly Meeting of Friends Church*, 27 Cal.App.2d 579, 81 P.2d 469, 470.

¹²⁵ OWEN, David G. The Five Elements of Negligence. **Hofstra Law Review**, volume 35, nº 4 (2007). Disponível em: <http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v35n04_i01.pdf> Acesso em: 04.04.2016. p. 04. Trabalha-se aqui os elementos necessários à configuração da responsabilidade com base no *tort of negligence* a título ilustrativo, vez que este é o cenário em que se exige maior esforço por parte do profissional jurídico.

¹²⁶ COX. *Op. cit.* A divisão mais comum é *Misfeasance v. Nonfeasance*. Como regra geral, *Misfeasance*: One who takes action and creates a risk through his or her actions will generally have a duty of reasonable care in carrying out those actions; *Nonfeasance*: One is generally not liable for doing nothing (*nonfeasance*). Rest. 2d Torts §314: “The fact that the actor realizes or should realize that action on his part is necessary for another’s aid or protection does not of itself impose upon him a duty to take action.

BLACK. *Op. cit.* p. 1151. “**MISFEASANCE**. A misdeed or trespass. The improper performance of some act which a man may lawfully do. 3 Steph.Comm. 460. *Bell v. Josselyn*, 3 Gray, Mass. 309, 63 Am.Dec. 741. “Nonfeasance” means the omission of an act which a person ought to do; “misfeasance” is the improper doing of an act which a person might lawfully do; and “malfeasance” is the doing of an act which a person ought not to

dever de não causar dano a outrem.¹²⁷ Na Inglaterra, o caso que estabeleceu as bases modernas do conceito e requisitos do *tort of negligence* foi *Donoghue v Stevenson*,¹²⁸ de 1932. Por sua vez, nos Estados Unidos, desenvolveu-se o teste preliminar de avaliar se o agente causador do dano exerceu o cuidado ordinário que uma pessoa razoável (*reasonable person*) teria em circunstâncias semelhantes.¹²⁹

Em segundo lugar, será necessário provar que este dever jurídico que liga as partes foi violado pelo causador do dano, seja porque não exerceu o cuidado ordinário de uma pessoa razoável, seja porque criou o risco ou em função da existência de uma relação especial (*special relation*) entre as partes, como patrão e empregado, pais e filhos, locador e locatário, funcionário público e cidadão comum, entre outros. Nesse sentido, Owen afirma:

*To assess what type and amount of care is reasonable in particular circumstances, negligence law turns to the standard of "a reasonable prudent person" and asks how such a person would behave in a particular situation, in pursuing his or her own objectives, to avoid harming others in the process. By defining the standard of proper behavior in terms of a mythical prudent person, the law thus sets up an objective standard against which to measure a defendant's conduct.*¹³⁰

Interessante pontuar que nem sempre o critério da pessoa razoável será suficiente por si só para determinar a violação ou não do dever jurídico, apesar de servir como um eficiente primeiro filtro de análise. Nesse sentido, a célebre fórmula colocada pelo Juiz

do at all. *Proksch v. Bettendorf*, 218 Iowa 1376, 257 N.W. 383. But "misfeasance" is often used in the sense of "malfeasance." *Coite v. Lynes*, 33 Conn. 109; *Brooks v. Hornbeck*, Tex.Civ.App., 274 S.W. 162, 163."

¹²⁷ OWEN. *Op. cit.* p. 05. "At bottom, negligence law assesses human choices to engage in harmful conduct as proper or improper. Because choices are deemed improper only if they breach a preexisting obligation to avoid and repair carelessly inflicted harms to others, duty gives definitional coherence to the negligence inquiry. Serving in this manner as the foundational element of a negligence claim, duty provides the front door to recovery for the principal cause of action in the law of torts: Every negligence claim must pass through the "duty portal" that bounds the scope of tort recovery for accidental harm."

¹²⁸ *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>> Acesso em: 07.04.2016. Neste caso, a Sra. Donoghue adquiriu e consumiu uma cerveja em um bar. Ao final da bebida, percebeu que no fundo do caneco havia uma lesma morta. Em decorrência da ingestão de bebida contaminada, sentiu-se doente e processou o produtor da cerveja, o Sr. Stevenson. A *House of Lords* sustentou que o produtor possuía um dever de cuidado para com seus clientes, o qual fora violado, vez que era previsível que a falha em garantir a segurança de seus produtos poderia acarretar danos aos consumidores.

¹²⁹ GOLDBERG. *Op. cit.* p. 01: *When a court enters a judgment for a pedestrian who has sued a driver for negligence, it holds the driver responsible to the pedestrian. The basis of the driver's being held responsible, obviously, is the driver's careless injuring of the pedestrian. The same is true for a judgment entered against a manufacturer on a claim by a consumer who is injured by a poorly designed product, for a plaintiff defamed by a magazine, for an investor defrauded by a swindler, and for a child molested by a caretaker: in all these cases, the plaintiff has suffered an injury because of the defendant's wrongful conduct, and she demands that the court hold the defendant responsible and therefore force him to compensate for the injury. In ordinary parlance, the defendant must pay the plaintiff because the plaintiff's injury was the defendant's fault.*

¹³⁰ OWEN. *Op. cit.* p. 07.

Learned Hand, quando do julgamento de *United States v. Carroll Towing Co.*,¹³¹ consagrou a análise do “custo-benefício” ao avaliar condutas arriscadas tendo como base a ideia Kantiana de liberdade igualitária, também suportada pelos princípios da utilidade e eficiência.¹³² A fórmula é expressa da seguinte maneira: Haverá responsabilidade se $B < P \times L$; onde B (*burden*) é o custo de evitar o prejuízo accidental, P (*probability*) é a probabilidade de que um dano aconteça e L (*loss*) é o valor do prejuízo.¹³³

O nexo de causalidade (*causation*) também é requisito essencial.¹³⁴ É necessário provar que o dano aconteceu em virtude da violação do dever entre os litigantes.¹³⁵ Para tanto, a Corte aplicará um teste de duas partes: *Causation in fact* (causa de fato) e *proximate cause* (causa adequada).¹³⁶

Causa de fato é aquela sem a qual o evento não poderia ter acontecido.¹³⁷ Analisa-se sobre o prisma da *Conditio sine qua non*, expressão latina que significa “sem a qual não pode ser”, aparecendo sob a denominação de “condição *but for*”.¹³⁸ O *tort of negligence* determina que para a responsabilização do réu por um dano provocado ao autor, deve-se configurar uma relação de causa e efeito entre a negligência e o prejuízo.¹³⁹ Deste modo, o

¹³¹ *United States v. Carroll Towing Co* 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

¹³² OWEN. *Op. cit.* p. 09. “When an actor’s choice of action (such as walking fast on a crowded sidewalk to get to an important appointment), involves a risk of harm to others (such as colliding with other walkers), then the propriety of the action (fast walking) may be determined by weighing the value of the actor’s goal (being on time for the appointment) against the risk of harm the actor’s conduct imposes on others (the likelihood of collision and the degree of harm it may entail).”

¹³³ CASTILLO-GERDING, Migdalia. **Intentional Torts and Negligence**. Common Law of Torts Overhead Material. Westfälische Wilhelms-Universität Münster, 2014. p. 10.

¹³⁴ South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd and Banque Bruxelles Lambert SA v Eagle Star Insurance Co Ltd [1996] UKHL 10. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1996/10.html>> Acesso em: 08.04.2016.

¹³⁵ OWEN. *Op. cit.* p. 12. “Proximate cause goes by a variety of names. Some courts still use the “legal cause” term just mentioned, left over from the Second Restatement’s confusing umbrella term referring broadly to factual and proximate cause alike. As for umbrella terms, “proximate cause” itself is often used to describe both causal issues, factual and proximate alike, as commonly are the terms “cause” and “causation,” words that more comfortably describe cause in fact alone. This terminological confusion means, of course, that a lawyer reading judicial decisions discussing “proximate cause” (and certainly “causation”) needs to be on guard for the possibility that the court actually may be addressing the issue of cause in fact, not proximate cause at all. In an effort to reduce confusion, the Restatement (Third) of Torts replaces the “proximate cause” appellation with “scope of liability.” By whatever name, proximate cause is an elemental requirement of every negligence claim.”

¹³⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. 3ª Ed. Atlas. São Paulo. 2013. p. 33.

¹³⁷ GOLDBERG. *Op. cit.* p. 04: Roughly speaking, a person is outcome-responsible for a loss if the person’s volitional action is necessary for the loss to occur, and if the loss was avoidable, in that the person could reasonably foresee that his action might cause the loss, and that the person was capable of acting so as not to cause it. Critically, on this account, there can be more than one outcome-responsible actor for any given loss, including the victim herself.

¹³⁸ PETEFFI DA SILVA. *Op. cit.* p. 33.

¹³⁹ PETEFFI DA SILVA. *Op. cit.* p. 35-36. “Mormente nos casos de responsabilidade médica, o ‘Standard’ probatório exigido pelos julgadores se funda na fórmula ‘more likely than not’. De acordo com esta fórmula, o autor apenas seria obrigado a demonstrar que é mais provável que o dano tenha sido causado pela ação ou

elemento da causa de fato pode ser descrito como a conexão entre a negligência do réu e o prejuízo do autor.¹⁴⁰

*So, if a person steps off a curb into a roadway and is hit by a car driven negligently too fast, the pedestrian in a negligence suit against the driver must show not only that the defendant's car hit him or her, and that the defendant was driving negligently, but also that it was the excess speed that amounted to the negligence that actually caused the harm. If, instead, the evidence reveals that the driver probably would have hit the pedestrian anyway, even if the car had been operated at a reasonable rate of speed, then the accident was caused only by the driver's conduct, not by the negligent aspect of the conduct which was merely incidental to the accidental harm.*¹⁴¹

O exemplo apresentado por Owen é conclusivo no sentido de evidenciar a necessária ligação entre o caráter negligente da conduta e o prejuízo – e não o fato por si só – e o resultado danoso. Com efeito, Peteffi da Silva bem coloca que “a verificação da causa *but for* deve ser visualizada como, no máximo, uma regra de exclusão, isto é, um fato pode constituir-se em uma condição *but for* e ainda assim não ser considerado como a causa do prejuízo analisado”.¹⁴²

Por sua vez, causa adequada é aquela legalmente suficiente a resultar em responsabilidade; um ato ou omissão que é legalmente considerado apto a produzir uma consequência, a fim de que a responsabilidade possa ser imposta sobre o autor. Nesse sentido, *Proximate cause* pode ser conceituada como uma doutrina que serve para limitar a responsabilidade do agente até a fronteira das consequências entendidas como justas e coerentes aos riscos advindos de determinado ato ilícito.¹⁴³ Sendo assim, encontra-se tal limite através da previsibilidade do resultado (*foreseeable results*), ou seja, restringe-se o alcance da causa de fato diante da probabilidade desta causar o dano.¹⁴⁴

omissão do réu do que por uma causa estranha, mesmo que não exista um sólido convencimento sobre a verdadeira causa do dano. Para se ter ideia do alcance deste padrão probatório, seria possível dizer que, se a fórmula ‘*more likely than not*’ fosse posta em termos estatísticos, toda causa que apresentasse cinquenta e um por cento (51%) de chances de ter sido a causa do dano já seria considerada como ‘*but for*’, ou seja, como *conditio sine qua non*. Assim, o simples fato de apresentar uma probabilidade igual ou superior a cinquenta e um por cento (51%) já seria suficiente para caracterizar a condição necessária.”

¹⁴⁰ OWEN. *Op. cit.* p. 10.

¹⁴¹ OWEN. *Op. cit.* p. 10.

¹⁴² PETEFFI DA SILVA. *Op. cit.* p. 33. “Assim, provando-se a condição ‘*but for*’ estar-se-á ultrapassando apenas o primeiro estágio para a configuração do nexo de causalidade.”

¹⁴³ PETEFFI DA SILVA. *Op. cit.* p. 07. “Desse modo, em um estudo comparativo, seria possível dizer que o instituto da ‘*proximate cause*’ está no mesmo espaço que as teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato ocupam em nosso sistema. Também selecionar, dentre as condições necessárias para o surgimento do dano, aquelas que serão consideradas as causas imputáveis.”

¹⁴⁴ OWEN. *Op. cit.* p. 13. “Under this ‘test’, the responsibility of an actor for the consequences of wrongful action is limited by principles of reasonable ‘foreseeability’. [...] Defendants are protected from the remote consequences of their negligence in two general types of cases. In the first, the consequences of a defendant’s negligence appear simply too attenuated, perhaps too bizarre, even in retrospect—‘too cockeyed and far-

Por exemplo: Tício trabalha em seu computador e, ao esticar o braço para alcançar alguns papéis, derruba acidentalmente uma xícara de café sob o aparelho, fazendo com que este entre em curto circuito. Enquanto busca toalhas para limpar a bagunça, o curto faz com que o aparelho entre em chamas, dando início a um incêndio que destrói o prédio em que se encontra por inteiro. Neste caso, derrubar o café é a causa de fato. Entretanto, analisar-se-á se esta conduta possui por si só o potencial para gerar o dano, ou seja, se este resultado era previsível.¹⁴⁵

Para o sucesso da ação indenizatória, deve haver dano (*harm*).¹⁴⁶ No que concerne ao *tort of negligence*, o interesse normalmente protegido é a reparação de dano material (*physical harm*), incluindo-se nesta categoria lesões físicas (*physical injury*), morte e dano à propriedade. Isto significa dizer que, neste *tort*, normalmente não se indeniza perdas puramente econômicas (*pure economic loss*) quando o autor não sofre *physical harm*. Contudo, a lei de negligência permite a indenização por perdas secundárias decorrentes de lesões físicas, como: lucros cessantes e perda de poder aquisitivo, dor e sofrimento, aflição emocional e ainda perda de prazeres da vida.¹⁴⁷

Importante ressaltar que o conceito de “dano moral” como categoria específica não é encontrado no *tort law*, que trata esparsamente de figuras assimiláveis àquele.¹⁴⁸ Tendo-se em vista a variada gama de situações enquadráveis ao conceito de “dano moral”, a depender do *tort* em comento, diferentes requisitos e restrições à concessão de indenizações

fetched. [...] A second situation in which the connection between a defendant's breach of duty and the plaintiff's harm may appear tenuous or 'remote' is where some person or force, other than the plaintiff or defendant, intervenes between the defendant's negligence and the harm.”

¹⁴⁵ GOLDBERG. *Ibid.* p. 05: “In other words, when we assess whether an actor is morally responsible for a loss, we are seeking to ascertain the answer to a question of “localized distributive justice”—of who in fairness should bear a given loss—by reference to the relative faultiness of the conduct of all outcome-responsible persons. When tort law determines legal liability by reference to this criterion, it is doing so because it is a scheme for holding actors to the moral responsibility to repair that they incur by virtue of being both outcome-responsible and at fault for a given loss.”

¹⁴⁶ JONES, Michael A. **Textbook on TORTS**. 5. ed. Oxford: Blackstone Press Limited, 1996. p. 514. *Where damage is the gist of the action, as in negligence, the plaintiff must prove actual loss. Where a tort that is actionable per se has caused actual loss damages will be awarded to compensate for that loss.*

FISCHER, David A. Successive Causes and the Enigma of Duplicated Harm. **66 Tennessee Law Review**, Vol. 66. p. 1127, (1999). Disponível em:

<<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1182&context=facpubs>> Acesso em: 17.02.2016. p. 01. “Some of the most intriguing brain teasers in tort law involve the valuation of damages for harm arising from wrongfully inflicted injury to person or property.”

OWEN. *Op. cit.* p. 15. “The last element of a negligence claim is harm, the damage a plaintiff suffers as a proximate result of a defendant's breach of duty.”

¹⁴⁷ OWEN. *Op. cit.* p. 16.

¹⁴⁸ COX. *Op. cit.* Nos Estados Unidos, por exemplo, segundo entendimento de alguns Estados mais tradicionais, certos danos morais existem apenas como dano anexo ou reflexo de uma lesão física. Por outro lado, há Estados nos quais lesões materiais não são um requisito para o reconhecimento do dano psicológico, mas manifestações físicas decorrentes do distúrbio emocional passam a ser requeridas.

por lesões extrapatrimoniais são colocados.¹⁴⁹ Entretanto, deve ficar claro que os danos indenizáveis podem ser físicos, a uma pessoa ou à propriedade, podem ser emocionais ou psiquiátricos (*psychiatric injury*) ou, ainda, traduzir-se como perda de benefícios econômicos (*economic harm*).¹⁵⁰

Como dito anteriormente, os principais remédios legais (*remedies*) a fim de que se corrijam *torts* são *damages* (indenizações) para compensar danos sofridos e *injunctions* prevenindo que dano ilícito (*tortious injury*) aconteça futuramente.¹⁵¹ Novamente, reportando-se ao conceito estabelecido por Prosser, um *wrong* só será considerado um *tort* se for ressarcível por *damages*, ou seja, indenização por perdas e danos, bem como não advir de pacto contratual.¹⁵²

No capítulo seguinte trataremos das espécies de *damages*, com especial atenção aos *exemplary* e *aggravated damages*. Do mesmo modo, falar-se-á de maneira mais aprofundada sobre o dano moral no *common law*, seus princípios e critérios de quantificação, bem como as particularidades que o instituto adquiriu naquele sistema jurídico.

¹⁴⁹ A etapa em que se encontra o desenvolvimento dos danos morais em certos sistemas jurídicos de *common law* é bastante similar ao primeiro estágio evolutivo descrito por DIAS, Op. cit, p. 859 e CAVALIERI FILHO, Op. cit. p. 109. Certo é que o dano emocional ou lesão psiquiátrica varia muito dependendo da jurisdição em comento e sobre isso trata-se no capítulo seguinte, com especial atenção à jurisdição britânica. Vale relembra aqui célebre frase de Pontes de Miranda: “Que mal-entendida justiça é essa, que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não ao dano imaterial sozinho?”

¹⁵⁰ Segundo ANDRADE, tais figuras podem ser compreendidas nas denominações mais genéricas de *nonpecuniary loss* (*nonpecuniary damages*) ou *general damages* (também *direct damages* ou *necessary damages*). Ainda, inserem-se no conceito de dano moral as expressões *personal tort* e *personal injury*.

¹⁵¹ JONES. Op. cit. p. 513: *The two principal remedies available to the victim of a tort are damages to compensate for the harm he has suffered and, where appropriate, an injunction to prevent future harm.*

HODGSON, John. LEWTHWAITE, John. **Tort Law Textbook**. Oxford: University Press, 2007. p. 366: “Some remedies are described as ‘legal’ (e.g. damages) and others as ‘equitable’ (e.g. injunctions). Originally the distinction arose from the division of the courts into those which were courts of common law and those which were courts of equity. A courts would only grant remedies from its own side of the divide. [...] The distinction is still importante because, while legal remedies are available ‘as of right’, which means that if the claimant proves his case he must obtain the remedy, equitable remedies are discretionary. The court may decline to award them if it would be unreasonable to do so.”

¹⁵² ROGERS, W.V.H. **The Law of Tort**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1994. p. 221. *The action for damages is the remedy pursued in the overwhelming majority of tort cases and in many it is the only practicable remedy because the act has been done, the harm has been suffered and it is not likely to be repeated. Indeed, it may be that the availability of the action for unliquidated damages is the hallmark of a true tort.*

2. DAMAGES EM ESPÉCIE: INDENIZAÇÕES EXCEPCIONAIS

2.1. A DOUTRINA DE DAMAGES

2.1.1. Princípios

O Princípio Fundamental da Responsabilidade Civil, mesmo ao falarmos em *Common Law*, é a Compensação Integral, melhor conhecida naquela doutrina como *Indemnity Principle* ou *General Principle of Compensation*. É evidente para todo estudante de direito daquele sistema que o objetivo de uma indenização (*damages*) é dar ao reclamante compensação total pelo dano¹⁵³, prejuízo ou perda que a conduta do réu tenha lhe ocasionado.¹⁵⁴

De acordo com o entendimento tradicional, a emergência de regras legais requerendo o pagamento de “composições” ou indenizações pecuniárias compensatórias foi essencial para o desenvolvimento da lei e do próprio Estado.¹⁵⁵ Como substituto para a vingança privada, o Estado concedeu aos indivíduos o direito legal de receber compensação monetária daqueles que os tenham injuriado, independentemente de dolo ou culpa.¹⁵⁶

Em consonância a este desenvolvimento histórico, o primeiro tratado americano de responsabilidade civil, *The Law of Torts or Private Wrongs* (1861), de Francis Hilliard, descreveu a “natureza” da responsabilidade extracontratual em termos compensatórios: “A responsabilidade de indenizar uma lesão diz-se decorrer de um dever moral originário,

¹⁵³ SCRUTON. *Op. cit.* “In the famous 1865 case of *Rylands v Fletcher*, the Court of Exchequer Chamber gave judgment in the following words of Mr Justice Blackburn: ‘We think that the true rule of law is, that the person who for his own purposes brings on his lands and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril, and, if he does not do so, is prima facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape’. This rule, the judge added, ‘seems on principle just’”.

¹⁵⁴ MULLIS. *Op. cit.* p. 358. *Objective of an award of damages is to give the claimant full compensation for the damage, injury or loss that the defendant’s tort has occasioned him.*

¹⁵⁵ GOLDBERG. p. 21. *The basic idea is that tort law is built upon widely accepted moral principles according to which one person is sometimes responsible for another’s injury because she brought it about through action that is wrongful. In a tort claim, the injured person is empowered to hold the injurer to account for having injured her. The simplest way to understand tort liability is that it is a concrete, institutionalized, and practical form of moral responsibility for having wrongfully injured someone. Infighting among philosophical theorists of tort law notwithstanding, there is actually very substantial agreement on these core ideas.*

¹⁵⁶ GEISTFELD, Mark A. Compensation as a Tort Norm. NYU School of Law, **Public Law Research Paper vol. 13-54. 2013.** p. 13. Disponível em:

<http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=nyu_plltwp> Acesso em: 07.08.2015.

prescrito a todas as pessoas, a fim de que se conduzam ou exercitem seus próprios direitos de maneira a não ferir os demais”.¹⁵⁷

Ao reclamante é lícito reaver totalmente qualquer prejuízo, seja pecuniário ou não pecuniário (*penuniary or non-pecuniary loss*).¹⁵⁸ Perda pecuniária é aquela prontamente quantificável ou susceptível de quantificação monetária e inclui danos como perda de rendimentos (*loss of earnings*), tanto passada quanto futura, despesas de tratamento médico (*medical expenses*) e perda de lucros comerciais (*loss of business profits*). Dano não pecuniário é a perda que não é imediatamente quantificável ou susceptível à quantificação monetária e inclui danos como perda de amenidades da vida (*loss of amenities of life*), dor e sofrimento decorrentes de uma lesão e sentimentos feridos (*pain and suffering occasioned by and injury and injury feelings*)¹⁵⁹.

Esse princípio geral é aplicável a ambas as perdas e significa que a Corte deve fixar a indenização em quantia que colocará a pessoa que sofreu a perda na posição em que estaria caso a lesão não tivesse ocorrido¹⁶⁰, compensando o reclamante sem punir o agressor.¹⁶¹

Ainda que a *restitutio in integrum* (restituição integral) represente o princípio geral, há limites tanto para a extensão que pode ser atingida quanto à medida em que é aplicada.¹⁶² Ainda que se tenha dito que o princípio da restituição integral seja aplicável tanto a danos pecuniários quanto a não pecuniários, há um problema em aplicar o princípio a *non-*

¹⁵⁷ GEISTFELD. *Op. cit.* p. 13. Tradução livre, no original: *The liability to make reparation for an injury is said to rest upon an original moral duty, enjoined upon every person, so to conduct himself or exercise his own rights as not to injure another.*

¹⁵⁸ Heil v Rankin [2001] QB 272, [2000] 3 All ER 138, [2000] 2 WLR 1173, parágrafo 23 por Lord Woolf. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2000/187.html&query=Heil+and+v+and+Rankin&method=boolean>>. Acesso em: 10.03.2016.

¹⁵⁹ OLIPHANT. *Op. cit.* p. 188.

¹⁶⁰ Livingstone v Rawyards Coal Co (1880) 5 App Cas 25, at 29. *That sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation.* Disponível em: <<http://swarb.co.uk/livingstone-v-rawyards-coal-co-hl-1880-4/>>. Acesso em: 10.03.2015.

¹⁶¹ MULLIS. *Op. cit.* p. 358.

¹⁶² GEISTFELD. *Op. cit.* p. 24. *Tort law entitles a rightholder to an award of compensatory damages under quite limited conditions, a fundamental feature of liability that would seem to foreclose a compensatory conception of tort law. A compensatory tort right, however, does not necessarily entail an entitlement to compensatory damages in all cases. The exercise of reasonable care by the dutyholder can fully exhaust the compensatory obligation. Such a compensatory duty finds justification in the principle of liberal egalitarianism that makes an individual responsible for the foreseeable consequences of her autonomous choices. Compensation a defensible norm of justice that can persuasively explain tort doctrine, despite the limited availability of the compensatory damages remedy.*

pecuniary loss quando a compensação precisa ser expressa em termos monetários. Reproduzem-se aqui as palavras de Lord Morris quando do julgamento de *Parry v Cleaver*¹⁶³:

To compensate in money for pain and for the physical consequences is invariably difficult but it is recognised that no other process can be devised than that of making a monetary assessment. No sort of arithmetical calculation is possible. Money cannot really compensate for the loss of a limb or for any permanent deprivation of physical abilities or indeed for pain and suffering. There can be no equation between purchasing power and those things which cannot be purchased. But money award is all that is possible. It is the best that can be done.

Sendo equivalência ou precisão aritmética impossíveis, as cortes buscam oferecer somas que sejam razoáveis e que representem uma compensação justa¹⁶⁴ pela perda.¹⁶⁵

Outro princípio essencial é quanto à certeza substancial do dano (*Certainty*). Para que o requerente suceda em seu pleito indenizatório por *substantial damages*¹⁶⁶ (danos substanciais), é necessário que prove o dano e a extensão do dano, ou seja, seu valor total. Caso falhe em provar o dano ou seu valor com suficiente grau de certeza, a menos que o *tort* seja acionável *per se*¹⁶⁷, significa que a corte provavelmente fixará apenas *nominal damages*.¹⁶⁸

¹⁶³ *Parry v Cleaver* [1970] AC 1, [1969] 1 All ER 555. Tradução livre: Compensar em dinheiro por dor e por consequências físicas é invariavelmente difícil mas é reconhecível que nenhum outro processo pode ser concebido senão realizar uma avaliação monetária. Nenhuma forma de cálculo aritmético é possível. Dinheiro não é capaz de compensar a perda de um membro ou a privação permanente de habilidades físicas ou dor e sofrimento de fato. Não pode haver qualquer equação entre poder de compra e aquelas coisas que não podem ser compradas. Entretanto indenização monetária é tudo que é possível. É o melhor que pode ser feito.

¹⁶⁴ GEISTFELD *Op. cit.* p. 04-34. According to Goldberg, compensation-deterrence theory relies on an “abstract idea of ‘policy’ [that] can just as readily support decisions to limit or not limit particular forms of negligence liability.” Na inherently manipulable approach to tort law that can justify liability in only an ad hoc manner is worthy of little or no normative respect, effectively disqualifying the approach as a viable interpretation of tort law.

[...] the functions of compensation and deterrence do not obviously cohere into a viable theory of tort law. This problem has been seized by critics who argue that, despite the widespread acceptance of compensation-deterrence reasoning, the approach is incoherent and unprincipled in application. The functions of injury compensation and deterrence can be unified by an abstract tort norm of compensation, one that does not limit liability to violations of conventional morality or customary practices in the community. For historical and other reasons, compensation plausibly provides the norm by which tort law defines the obligation running between dutyholders and rightholders. When risky interactions threaten the irreparable injury of physical harm, the compensatory damage remedy does not adequately protect the rightholder’s interest in physical security. Consequently, the compensatory tort norm redirects the dutyholder’s compensatory obligation from the payment of compensatory damages to the exercise of reasonable care, yielding a default rule of negligence liability that is formulated to deter the irreparable injury of physical harm without imposing undue hardship on the dutyholder.

¹⁶⁵ OLIPHANT. *Op. cit.* p. 188.

¹⁶⁶ BLACK. *Op. cit.* p. 469. A sum, assessed by way of damages, which is worth having; opposed to nominal damages, which are assessed to satisfy a bare legal right. Wharton. Considerable in amount and intended as a real compensation for a real injury.

¹⁶⁷ Segundo BLACK, *Op. cit.* p. 1294. “PER SE. Lat. By himself or itself; in itself; taken alone; inherently; in isolation; unconnected with other matters. Findley v. Wilson, 115 Okl. 280, 242 P. 565, 568; Rowan v. Gazette

Entretanto, sabe-se que em diversas situações obter precisa prova de cada centavo exigido não é possível¹⁶⁹. Ainda assim, o fato de que danos não podem ser avaliados com certeza não libera o agressor da necessidade de indenizar. Isso também não significa dizer que os tribunais dispensem a apresentação de provas em casos que esta seja de difícil produção. O requerente deve, em todos os casos, estabelecer um valor para suas perdas, ou seja, informar o valor que entende correspondente ao seu prejuízo, e caberá ao juiz analisar o caso concreto.

O Princípio da Mitigação (*Mitigation*), mais conhecido como *duty to mitigate the loss*, também chamado de *duty to minimise the damage* (dever de minimizar o dano), ao requerente lhe é imposto o dever de mitigar as perdas que lhe acometeram em função do *tort* do réu. Isto significa dizer que o requerente não poderá reaver danos sofridos que ele poderia razoavelmente ter evitado. A posição é muito clara no caso *Darbishire v Warran*¹⁷⁰:

It is important to appreciate the true nature of the so called 'duty to mitigate the loss' or 'duty to minimise the damage'. The plaintiff is not under any actual obligation to adopt the cheaper method: if he wishes to adopt the more expensive method, he is at liberty to do so and by doing so he commits no wrong against the defendant or anyone else. The true meaning is that the plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than that which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss. In short, he is fully entitled to be as extravagant as he pleases but not at the expense of the defendant.

Dessa forma, um reclamante que sem razão recusa tratamento médico que poderia retorná-lo ao trabalho em menor tempo, não pode recuperar danos por perda de vencimento (*loss of earnings*) referente ao período posterior àquele em que poderia ter retornado ao trabalho caso tivesse realizado o tratamento.

Printing Co., 74 Mont. 326, 239 P. 1035, 1037.” *Torts per se* correspondem às situações nas quais demonstrar o dano não é necessária. Conceito similar no Brasil seria “dano in re ipsa”.

¹⁶⁸ BLACK. *Ibid.* p. 469. *Nominal damages are a trifling sum awarded to a plaintiff in an action, where there is no substantial loss or injury to be compensated, but still the law recognizes a technical invasion of his rights or a breach of the defendant's duty, or in cases where, although there has been a real injury, the plaintiff's evidence entirely fails to show its amount. Seeling v. Missouri, K. & T. Ry. Co.*, 287 Mo. 343, 230 S.W. 94, 102; *City of Rainier v. Masters*, 79 Or. 534, 155 P. 1197, 1198, L.R.A.1916E, 1175; *Springer v. Fuel Co.*, 196 Pa. 156, 46 A. 370.

¹⁶⁹ OLIPHANT. *Op. cit.* p. 190.

¹⁷⁰ *Darbishire v Warran* [1963] 3 All ER 310, [1963] 1 WLR 1067. Tradução livre: É importante perceber a verdadeira natureza do assim chamado “dever de mitigar as perdas” ou “dever de minimizar o dano”. O requerente não está, sob nenhuma circunstância, obrigado a adotar o método mais barato: se ele deseja adotar o método mais caro, ele possui a liberdade para assim fazer e dessa forma ele não comete ilícito contra o réu ou contra qualquer um. O verdadeiro significado é que o requerente não pode cobrar o réu através de indenização com nenhuma soma maior do que aquela que ele razoavelmente necessita gastar pelo propósito de sanar a perda. Em resumo, ele é livre para ser o quão extravagante desejar mas não às custas do requerido. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html&query=Darbishire+and+v+and+Warran&method=bool+ean>>. Acesso em: 10.03.2016.

Necessário esclarecer que, embora muitos *leading cases* sobre a regra da mitigação envolvam quebra de contrato (*breach of contract*), está claro que a regra aplica-se igualmente ao *tort law*, sendo possível encontrar diversos exemplos desta aplicação.¹⁷¹

2.1.2. Espécies de *Damages*

Como definido no início deste trabalho, o objetivo proposto é analisar como ocorre a indenização de danos morais no *Common Law* e estabelecer sua diferença para *punitive damages*, por vezes tidos como sinônimos por magistrados e doutrinadores brasileiros. Neste último caso, autoras como Judith Martins Costa e Mariana Pargendler apontam certa coincidência entre *exemplary damages* e o “valor pedagógico-punitivo do dano moral”, na medida em que este último, *a priori*, incorporaria entre seus critérios de quantificação, características punitivas assimiláveis àquele. Ainda assim, entende-se necessário ilustrar ao leitor, mesmo que minimamente, como funciona o sistema de *damages* por um panorama geral antes de adentrarmos na referida espécie de remédio legal e realizar os apontamentos oportunos.

Ressalta-se que o campo de *common law of torts*, especialmente na Inglaterra, vem sofrendo muitas críticas, particularmente no que concerne às indenizações chamadas “excepcionais” (*exemplary, aggravated e restitutionary damages*). Como sustentou Lord Justice Stephenson em *Riches v News Group Newspaper*, “o presente estado da lei... clama por intervenção Parlamentar”.¹⁷²

A *Law Commission*¹⁷³ realiza consultas públicas com profissionais jurídicos sobre o assunto desde 1993. O primeiro documento tratava especialmente de *Aggravated, Exemplary e Restitutionary Damages*. Com relação à indenização exemplar, tamanha foi a controvérsia, levou a Comissão Jurídica a realizar uma consulta suplementar em Agosto de 1995. As referidas consultas levantaram questões quanto à satisfatoriedade das hipóteses de cabimento das indenizações de cunho excepcional, bem como quanto à necessidade e objetivos concretizados por estas. Este processo demonstrou que a considerável maioria dos consultados foi favorável à manutenção de *exemplary damages* no sistema jurídico britânico e, ainda assim, o instituto merece ser objeto de alterações e melhor sistematização.

¹⁷¹ Por exemplo, ver *Standard Chartered Bank v Pakistan National Shipping Corpn [1999]* e *The Susquehanna [1926] AC 413*. Também, interessante perceber que, no Brasil, esse instituto, *duty to mitigate*, não é tratado dentro da doutrina dos *damages*, mas relacionado ao nexo de causalidade ou a um ônus da vítima.

¹⁷² *Riches v News Group Newspaper*, [1986] QB 256, 269C. “... cries aloud for Parliamentary intervention”.

¹⁷³ A Comissão Jurídica é um órgão autônomo, financiado pelo Ministério da Justiça, criado pelo Parlamento Britânico em 1965, através *Law Commission Act*.

Ao longo deste ponto, analisam-se as espécies principais de *damages*, o estado do direito atual e as propostas de alteração colocadas pela *Law Commission* quando da publicação oficial do relatório final nº 247, em setembro de 1997.¹⁷⁴

Quanto à análise das indenizações em espécie, inicialmente é essencial conhecer *general* e *actual damages*.

General damages consistem em uma indenização que diz respeito aos danos que se presumem exsurgir da lesão reclamada, e incluem perdas pecuniárias como lucros cessantes, assim como perdas não-pecuniárias, como a dor e sofrimento incorridos antes e depois do julgamento. Eles devem ser aventados no caso concreto, mas uma vez que tratam de valores inexatos ou não líquidos, não precisam ser especificamente pedidos.¹⁷⁵

Actual damages estão compreendidos como “o montante concedido ao reclamante para compensar pelo dano ou perda comprovadamente sofridos; a indenização que restitui as perdas reais”. Também chamado de “indenização compensatória”, “indenização tangível”, ou “indenização real”.¹⁷⁶

Por sua vez, *nominal damages* é concedido quando um direito ou interesse juridicamente tutelado de alguém é violado, ou seja, configura-se um *tort*, mas este não sofre nenhuma perda quantificável.¹⁷⁷ A função da indenização nominal é marcar o fato de que os direitos do requerente foram violados ainda que ele não tenha sofrido dano algum.

Segundo Black¹⁷⁸, a indenização nominal é uma soma irrisória, fixada para o autor de uma ação onde não há nenhuma perda substancial ou lesão a ser compensada e que, ainda assim, a lei reconhece tecnicamente uma invasão de seus direitos ou uma violação de algum dever do réu. Do mesmo modo, é cabível nos casos em que, ainda que haja uma lesão real, as

¹⁷⁴ É importante ter-se em vista que as conclusões do *Report* nº 247 foram totalmente rejeitadas pelo Governo em novembro de 1999, conforme afirma WALKER, Mark Pickersgill. **O modelo jurídico dos *punitive damages* nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América**. 208 p. Orientador, Rafael Peteffi da Silva - Florianópolis, SC, 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina. p. 78.

¹⁷⁵ WALKER. *Op. cit.* p. 54. BLACK. *Op. cit.* p. 468. “*General damages are such as the law itself implies or presumes to have accrued from the wrong complained of, for the reason that they are its immediate, direct, and proximate result, or such as necessarily result from the injury, or such as did in fact result from the wrong, directly and proximately, and without reference to the special character, condition, or circumstances of the plaintiff*”.

¹⁷⁶ WALKER. *Op. cit.* p. 142. BLACK. *Op. cit.* p. 467. “*Real, substantial and just damages, or the amount awarded to a complainant in compensation for his actual and real loss or injury, as opposed on the one hand to "nominal" damages, and on the other to "exemplary" or "punitive" damages.*”

¹⁷⁷ JONES. *Op. cit.* p. 514. Ver a título exemplificativo: *Constantine v Imperial Hotels Ltd* [1994] KB 693.

¹⁷⁸ BLACK. *Op. cit.* p. 469. “*Nominal damages are a trifling sum awarded to a plaintiff in an action, where there is no substantial loss or injury to be compensated, but still the law recognizes a technical invasion of his rights or a breach of the defendant's duty, or in cases where, although there has been a real injury, the plaintiff's evidence entirely fails to show its amount. Seeling v. Missouri, K. & T. Ry. Co., 287 Mo. 343, 230 S.W. 94, 102; City of Rainier v. Masters, 79 Or. 534, 155 P. 1197, 1198, L.R.A. 1916E, 1175; Springer v. Fuel Co., 196 Pa. 156, 46 A. 370.*”

provas apresentadas pela vítima falham em demonstrar o *quantum* sofrido com a precisão necessária.

*Nominal damages is a technical phrase which means that you have negated anything like real damage, but that you are affirming by your nominal damages that there is an infraction of a legal right which, though it gives you no right to any real damages at all, yet gives you a right to the verdict or judgment because your legal rights have been infringed.*¹⁷⁹

Mullis e Oliphant contribuem ao colocarem que *nominal damages* pode ser concedido onde o “fato da perda” é demonstrado mas a evidência necessária para justificar a alegada monta do dano sofrido não o é.¹⁸⁰ O valor convencional para a sentença de danos nominais atualmente é de £5.00 (cinco libras esterlinas).¹⁸¹

Outra espécie é a indenização desdenhosa, desprezível, ou *contemptuous damages*. É normalmente concedida em casos de difamação onde o dano a imagem é considerado mínimo.¹⁸² Ainda que o pleito do requerente seja julgado procedente, a corte pode indicar que tenha formado uma opinião negativa (*low opinion*) sobre os méritos do pedido ou sobre a conduta do demandante, fornecendo uma quantia irrisória.¹⁸³

O entendimento foi reafirmado no caso *Grobbelaar v News Group Newspapers Ltd*, de 2002, onde os magistrados entenderam que afrontariam à Justiça caso fixassem uma indenização substancial (*substantial damages*) no valor de £85.000,00 (oitenta e cinco mil libras esterlinas) ao Sr. Grobbelaar, o qual agiu sob flagrante quebra de suas obrigações legais e morais. Lord Bingham sugeriu que fossem fixados *nominal damages* no valor de £1 (uma libra esterlina).¹⁸⁴

¹⁷⁹ OLIPHANT. *Op. cit.* p. 200. Tradução livre: Indenização nominal é uma frase técnica que significa que você não comprovou dano real, mas que você está afirmando através de sua indenização nominal que há uma infração a um direito legal que, embora não lhe dê direito a nenhum tipo de indenização propriamente dita, concede-lhe o direito ao veredito ou sentença porque seus direitos legais foram infringidos.

¹⁸⁰ MULLIS. *Op. cit.* p. 359.

¹⁸¹ Esta espécie de indenização traduz uma diferença clara do sistema de *Common Law* e *Civil Law*: Em termos processualistas, diz-se que naquele sistema a prova é para as partes, para o processo, enquanto no *Juris Civiles* a prova é para o juiz. É difícil imaginar uma situação, ao menos no Brasil, onde um magistrado entenda existir violação de um direito e não fixe valor considerável a título de indenização, ainda que moral.

¹⁸² JONES. *Op. cit.* p. 514. *Contemptuous damages consist of the award of a derisory sum, usually the smallest coin of the realm. They are awarded when the court considers that the plaintiff's action, although technically successful, was without merit and should not have been brought. The plaintiff may then be at risk on costs, which are normally awarded to the successful party.*

¹⁸³ MULLIS. *Op. cit.* p. 359.

¹⁸⁴ Bruce David Grobbelaar é um ex-jogador de futebol oriundo do Zimbábue que jogou como goleiro em um dos maiores clubes da Inglaterra, o Liverpool Football Club, entre 1981 e 1994. Em 1994, o jornal *The Sun* realizou uma série de reportagens que acusavam o Sr. Grobbelaar de participar de um esquema de corrupção. A íntegra do julgamento está disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi->

Sua diferença para o *nominal damages* é que este é arbitrado quando um direito do autor foi violado mas não há dano de fato e, em decorrência da falta de prova quanto ao valor do dano ou de sua existência, fixa um valor irrisório. Por outro lado, *contemptuous damages*, apesar de também ser uma indenização de valor muito baixo, é fornecida quando, ainda que o demandante tecnicamente tenha ganhado a ação e deva receber algum valor, a Corte acredita que a ação não deveria ter sido apresentada por flagrante imoralidade do autor¹⁸⁵ e, dessa maneira, determina o pagamento das custas processuais por conta deste, bem como uma indenização em valor baixíssimo, manifestando desdém e discordância quanto às razões que trouxeram o feito ao juízo.¹⁸⁶

Ao abordarmos *Restitutionary Damages*, deve-se ter em vista que, genericamente falando, indenizações em processos envolvendo *torts* são apenas compensatórias, seu propósito é colocar a parte lesada na mesma situação em que estaria caso não tivesse suportado o dano.¹⁸⁷ Em *tort* há apenas perdas, não ganhos.¹⁸⁸ Sendo assim, a indenização é calculada pelas perdas do requerente, não pelos ganhos do requerido.

Entretanto, reconhece-se no *common law* diversas situações onde a aplicação estrita do princípio compensatório não faria justiça entre as partes. A abordagem da restituição previne que o réu beneficie-se de seu próprio erro e também provê um método de dissuadir a exploração deliberada do delito.¹⁸⁹

No *common law* divide-se compensação e restituição. A primeira abarca os casos em que se provoca dano patrimonial, como por exemplo, a colisão automotiva que destrói o carro de outrem, gerando o dever de reparar o bem lesado ou indenizar a quantia pecuniária equivalente. Restituição é o nome dado ao ramo do direito que concerne enriquecimento sem causa¹⁹⁰. O exemplo tradicional é aquele em que um invasor (*trespasser*), atravessa

bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2002/40.html&query=Grobbelaar+and+v+and+News+and+Group+and+Newspapers+and+Ltd&method=boolean> Acesso em: 20.03.2016.

¹⁸⁵ ROGERS. *Op. cit.* p. 222. “in torts actionable per se (for example, trespass to land) the plaintiff is entitled to nominal damages for the mere infringement of his right. Such an award (which seems to vary from about 10 pence to 10 pounds) may well indicate that the plaintiff’s conduct in bringing the action was a proper vindication of his rights and is to be distinguished from the “contemptuous” damages (one penny) sometimes awarded in defamation suits, the usual consequence of which will be that the plaintiff is saddled with costs.”

¹⁸⁶ Grobbelaar v News Group Newspapers Ltd [2002] UK UL 40, [2002] 1 WLR 3024. “A very small sum of damages awarded when, although the claimant is technically entitled to succeed, the court thinks that the action should not have been brought.”

¹⁸⁷ Livingstone v Rawyards Coal Co (1880) 5 App Cas 25, 39. “their purpose being to put the injured party in the same position he would have been in had he not sustained the wrong.” Resumo disponível em: <http://sixthformlaw.info/02_cases/mod3a/aqa/_cases/remedies.htm#Livingstone%20v%20The%20Rawyards%20Coal%20Company%20%281880%29%20HL>, acesso em: 20.03.2016.

¹⁸⁸ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 214.

¹⁸⁹ MULLIS. *Op. cit.* p. 364.

¹⁹⁰ A-G v Blake [2001] 1 AC 268, 279, por Lord Nicholls. “This principle is established and not controversial. More difficult is the alignment of this measure of damages within the basic compensatory measure. Recently

propriedade privada alheia sem a devida autorização para transportar produtos e sem causar dano. Nestes casos, a indenização será calculada pelo benefício recebido pelo invasor, ou seja, pelo seu uso indevido da terra.

Outro critério utilizado para o cálculo é mensurar quanto uma pessoa razoável pagaria pelo direito de uso em casos, por exemplo, envolvendo recusa de retorno de bens (*refusal to return goods lent to the defendant*)¹⁹¹, mal uso de informação confidencial (*misuse of confidential information*)¹⁹², uso não autorizado do sistema de esgoto do reclamante (*unauthorized use of the claimant's sewerage system*)¹⁹³, e desenvolvimento não autorizado de terra em violação de um pacto restritivo (*unauthorized development of land in breach of a restrictive covenant*).¹⁹⁴

A conclusão da Comissão Jurídica no relatório nº247 de 1997 indica que o desenvolvimento da lei sobre restituição por ato ilícito deve ser deixado para os tribunais, não deve haver nenhuma tentativa de organizar na legislação quais atos ilícitos dão vazão à restituição, nem quando devem dar origem à restituição.¹⁹⁵

2.2 AGGRAVATED E EXEMPLARY DAMAGES

Estas duas espécies de damages serão abordadas em apartado, uma vez que são de suma importância para a questão objeto do presente trabalho, qual seja, o dano moral no *Common Law*.

there has been a move towards applying the label of restitution to awards of this character... However that may be, these awards cannot be regarded as conforming to the strictly compensatory measure of damage for the injured person's loss unless loss is given a strained and artificial meaning. The reality is that the injured person's rights were invaded but, in financial terms, he suffered no loss. Nevertheless the common law has found a means to award him a sensibly calculated amount of money. Such awards are probably best regarded as an exception to the general rule." Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-1.htm>>. Acesso em: 20.03.2016.

¹⁹¹ *Strand Electric Co v Brisford Entertainments* [1952] 2 QB 246, [1952] 1 All ER 796.

¹⁹² *Seager v Copydex (No 2)* [1969] 2 All ER 718, [1969] 1 WLR 809.

¹⁹³ *Daniel v O'Leary* (1976) 14 NBR (2d) 564.

¹⁹⁴ *Wrotham Park Estate v Parkside Homes* [1974] 2 All ER 321, [1974] 1 WLR 798.

¹⁹⁵ Law Commission Report n. 247, 1997. P.04. "*Our conclusion is that development of the law on restitution for wrongs is, in general, most appropriately left to the courts. No attempt should be made to state comprehensively in legislation which civil wrongs can trigger restitution, or when they should do so. This position had the support of a large majority of consultees. Nevertheless, it would be desirable if the law were to develop towards having a single, restitutionary remedy for wrongs, rather than the range of remedies which currently fulfil that role. More importantly, we recommend that a limited measure of legislative reform is required as a result of our recommendations relating to exemplary damages. Restitutionary damages are a less extreme remedy than exemplary damages. We recommend that they should be available (at least) where exemplary damages could be awarded.*"

2.2.1. *Exemplary ou Punitive Damages*

Na tradição anglo-saxã, a figura de *punitive damages* pode ser apreendida, de forma introdutória e geral, pela ideia de indenização punitiva. Também chamada de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*,¹⁹⁶ consiste na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplariedade da punição (*deterrence*), opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.¹⁹⁷

Por desempenhar, funcionalmente, o duplo papel de punir o autor do dano e de servir como dissuasão da prática de certo comportamento social,¹⁹⁸ os *punitive damages* tem recebido atenção da doutrina e da jurisprudência de países cuja tradição é, em tema de responsabilidade civil, bastante diversa, modelada na ideia da reparação do dano ou na restituição ao *status quo ante* ou na compensação monetária do prejuízo sofrido (no juízo cível), cabendo o papel de punir ao juízo penal, exclusivamente nas hipóteses previamente tipificadas em lei. A atração exercida pelos *punitive damages* parece estar, justamente, na ultrapassagem dessa cisão, introduzindo na responsabilidade civil a ideia de “pena privada”.

Como já dissemos, apesar da *Civil e Common Law* terem começado em extremos opostos, por vezes, diz-se que, como resultado dos movimentos que cada um destes fez em direção ao outro, não há mais muita diferença entre eles. As mesmas necessidades sociais, bem como similaridade de condições econômicas e técnicas, levaram à adoção de soluções similares aos seus problemas legais. Entretanto, por que em sociedades com tantas características em comum o debate quanto ao *punitive damages* tenha recebido tamanha atenção?

De acordo com Michael L. Wells:

The answer, I will argue, lies in a basic cultural difference between the civil law and the common law traditions. The notion of awarding punitive damages for private wrongs is somewhat at odds with the distinction both traditions draw between

¹⁹⁶ PROSSER. *Op. cit.* p. 09.

¹⁹⁷ PARGENDLER e MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 16.

¹⁹⁸ BALDWIN, Francis Scott. **Punitive Damages Revised**. International Academy of Trial Lawyers. 1993. p. 01. “Generally speaking, punitive damages has a twofold purpose: to punish the wrongdoer and to serve as an example to others; in order to discourage others from committing similar wrongful acts.”

*private and public law. Nonetheless, there are strong policy arguments for such damages. The cultural explanation for the civil law-common law divide is that lawyers, judges, and legislators trained in the civil law learn that law is a body of rules and are thereby better equipped to maintain the formal distinction between the two domains in the face of policy arguments for exceptions. By contrast, students of the common law study discrete cases and the facts, reasons, and distinctions courts rely on to resolve them. The history of the common law is one of endless innovation and assimilation of new ideas. General principles are always giving way, and students learn that rule-based arguments routinely lose in the battle between form and substance. The acceptance of punitive damages is an illustration of that general theme.*¹⁹⁹

Quanto à origem do instituto, fato é que *punitive damages* já é conhecido há pelo menos duzentos anos,²⁰⁰ sendo os casos *Wilkes v Wood* e *Huckle v. Money*, ambos de 1763, dois dos primeiros exemplos de aplicação dessa pena civil.²⁰¹ Nesta época, ainda não era reconhecido como uma espécie autônoma de indenização, pois sob o título *exemplary damages* também se entendia compreendido o conceito de *aggravated damages*.²⁰² Ambos os casos relacionam-se à publicação do famoso jornal North Brighton, edição n. 45, o qual alegadamente incitava rebelião e revolta contra a autoridade da Coroa.

Em *Huckle*, o Secretário de Estado, Lord Halifax, emitiu um *warrant* (mandado de prisão) que ordenava o recolhimento de todos os autores, editores e impressores do referido jornal, sem identificar ou nomear qualquer um deles, bem como a apreensão e apresentação de todos os exemplares à Secretaria de Estado para avaliação de seu conteúdo. A Corte fixou uma indenização majorada em favor de *Huckle*, em decorrência de um *false imprisonment* (prisão ilegal), pois entendeu tratar-se de um mandado de prisão absurdo, contra toda a Inglaterra, uma vez que não especificava o destinatário e garantia aos emissários reais o poder de restringir a liberdade de qualquer um de quem desejassem suspeitar.²⁰³

Por sua vez, *Wilkes v Wood* tratou-se de uma ação de *trespass* (invasão ilegal de propriedade). Com base no mesmo mandado emitido pelo Secretário de Estado, os emissários

¹⁹⁹ WELLS, Michael Lewis. **A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages.** *University of Georgia School of Law Legal Studies Research.* (2009). p. 09-11. Disponível em: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol170/iss2/8>

²⁰⁰ BALDWIN *Op. cit.* p. 01. “They were reported in American case law as early as 1784 [*Genay v. Norris*, 1 S.C. L. (1 Bay) 6 1784]. The often cited case of *Day v. Woodworth* [13 How. 363, 14 L.Ed. 181] in 1852 made it clear that punitive damages were firmly established in American jurisprudence prior to the adoption of the Fourteenth Amendment.”

²⁰¹ WALTHER, D.L. and PLEIN, T.A., 1965. **Punitive Damages: A Critical Analysis: *Kink v. Combs*.** *Marq. L. Rev.*, 49, 369. (1965). p. 03. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol49/iss2/3>>. Acesso em: 05.02.2016.

²⁰² LAW COMMISSION. Report n° 247. **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages.** Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform: Damages. p. 10.

²⁰³ FRIEDMANN, David D. **Law and Economics.** Disponível em: <http://davidfriedman.com/laws_order/laws_order_chapter_14/links/ch_14_207_case_huckle_money.htm>. Acesso em: 19/10/2015.

reais invadiram a propriedade do Sr. John Wilkes, o qual era membro do Parlamento e, até então, anônimo autor da edição n. 45. O júri entendeu em favor de Wilkes e fixou também a indenização.²⁰⁴

Ambos estes precedentes foram fundamentais, pois abriram portas para o sucesso do caso *Entick v. Carrington*²⁰⁵, de 1765, que garantiu a existência de liberdades individuais e limitou o escopo de interferência do poder executivo na vida privada dos cidadãos. O caso é retratado até hoje como uma das grandes inspirações para a *Amendment IV* da Constituição Americana.²⁰⁶

Contemporaneamente, é paradigmático o precedente estabelecido por *Rookes v. Barnard*²⁰⁷, de 1964. O Sr. Rookes, por muitos anos, foi empregado da *British Overseas Airways Corporation* – BOAC²⁰⁸, como projetista conceituado no escritório de projetos e design localizado no aeroporto de Londres. Ele foi membro do sindicato *Association of Engineering and Shipbuilding Draughtsmen* – AESD, ao qual todos aqueles empregados no escritório de projetos eram filiados. Descontente com as condutas do sindicato, Rookes e outro colega, Unwin, desfilaram-se. O sindicato desejava manter a posição de que apenas membros de seus quadros poderiam ser admitidos como funcionários daquele escritório e, desse modo, tomaram posturas enérgicas no sentido de reafiliar ambos os discidentes. Unwin aceitou retornar ao sindicato, entretanto, Rookes não. Como resultado de condutas do Sindicato e seus membros, a BOAC foi induzida a suspendê-lo de suas atividades e, posteriormente, a demiti-lo observando o aviso prévio e demais garantias trabalhistas legais.

A questão discutida no famoso precedente é se, de fato, houve conduta tortuosa por parte do Sindicato e, após, se *exemplary damages* estariam disponíveis no caso em tela. A *House of Lords* entendeu que o apelante não possuía qualquer direito de processar a BOAC, antiga empregadora, pois esta não rompeu seu contrato de maneira ilegal nem realizou *tort* algum contra Rookes. No processo, o apelante ajuizou demanda em face de dois membros e

²⁰⁴ *Wilkes v. Woods*. 98 Eng. Rep. 489, 498--99 C.P. 1763 Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendIVs4.html>>. Acesso em: 17/10/2015.

²⁰⁵ *Entick v. Carrington* [1765] EWHC KB J98 95 ER 807. Disponível em: < <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/KB/1765/J98.html&query=Entick+and+v.+and+Carrington&method=boolean>>. Acesso em: 21.03.2016.

²⁰⁶ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

²⁰⁷ *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129, [1964] 1 All ER 367. Disponível em: < <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1964/1.html&query=Rookes+and+v.+and+Barnard+and+1964&method=boolean>>

²⁰⁸ A BOAC era a empresa pública de aviação britânica criada em 1940. Em 1971, por uma decisão do Parlamento, determinou-se a fusão da BOAC com BEA, *British European Airways*, o que deu início, desde 1974, a gigante da aviação, *British Airways*.

um funcionário do AESD, sob o argumento de que estes induziram ilicitamente (*wrongfully induced*) a BOAC a agir da maneira que o fez.

O júri, em primeira instância, entendeu que o Sindicato, ao realizar ameaças de greve contra a BOAC deu causa à suspensão e posterior demissão de Rookes e, desse modo, fixaram indenização no valor de £7,500.00 (sete mil e quinhentas libras esterlinas).²⁰⁹ A *Court of Appeal* entendeu que o Sindicato não cometeu qualquer *tort*.

Por sua vez a *House of Lords* compreendeu que a ameaça promovida pelo Sindicato foi tortuosa e passível de ensejar ressarcimento, pois, incidiu no ato ilícito de intimidação (*tort of intimidation*).²¹⁰ Entretanto, como definiu o voto exarado por Lord Devlin, o qual se analisa de maneira mais detida ao longo das próximas páginas, o caso não está abarcado nas situações de cabimento de *exemplary damages*, de modo que se determinou o retorno do processo à primeira instância para realização de novo júri, apenas no que concernia ao valor da indenização fixada.

Em *Rookes v Barnard*, a *House of Lords* referiu-se as indenizações com objetivo de punir, dissuadir e manifestar desaprovação²¹¹ como “exemplares”. Desde então esta terminologia tornou-se lugar comum, indenizações estabelecidas com o objetivo de punir o agressor são genericamente conhecidas como *exemplary damages*.²¹²

²⁰⁹ Apenas para ilustrar, o poder de compra de £7,500.00 (sete mil e quinhentas libras esterlinas) em 1964 é o equivalente à aproximadamente £260,000.00 (duzentos e sessenta mil libras esterlinas) em 2014. Informação disponível em: [http://www.measuringworth.com/ukcompare/relativevalue.php?use\[\]=CPI&use\[\]=NOMINALEARN&year_early=1964£71=7500&shilling71=&pence71=&amount=7500&year_source=1964&year_result=2015](http://www.measuringworth.com/ukcompare/relativevalue.php?use[]=CPI&use[]=NOMINALEARN&year_early=1964£71=7500&shilling71=&pence71=&amount=7500&year_source=1964&year_result=2015). Acesso em: 18/10/15.

²¹⁰ Lord Devlin, em *Rookes v Barnard*, *Op. cit.* “My Lords, in my opinion there is a tort of intimidation of the nature described in chapter 18 of *Salmond on Torts*, 13th edition, page 697. The tort can take one of two forms which are set out in *Salmond* as follows: (1) Intimidation of the Plaintiff himself [...] (2) Intimidation of other persons to the injury of the Plaintiff.”

²¹¹ Lord Devlin, em *Rookes v Barnard*, *Op. cit.* The object of *exemplary damages* is to punish and deter.

²¹² BLACK, *Op. cit.* p. 466. A tradução de *punitive damages* mais adequada para o português é indenização punitiva, e não “danos punitivos”, na medida em que *damage*, no singular, significa dano, lesão, e *damages*, indenização.

DAMAGE. Loss, injury, or deterioration, caused by the negligence, design, or accident of one person to another, in respect of the latter's person or property. The word is to be distinguished from its plural, “damages,” which means a compensation in money for a loss or damage. An injury produces a right in them who have suffered any damage by it to demand reparation of such damage from the authors of the injury. By damage, we understand every loss or diminution of what is a man's own, occasioned by the fault of another. 1 Ruth. Inst. 399. The harm, detriment, or loss sustained by reason of an injury. *Yazoo & M. V. R. Co. v. Fields*, 188 Miss. 725, 195 So. 489, 490.

DAMAGES. A pecuniary compensation or indemnity, which may be recovered in the courts by any person who has suffered loss, detriment, or injury, whether to his person, property, or rights, through the unlawful act or omission or negligence of another. *Scott v. Donald*, 165 U.S. 58, 17 S.Ct. 265, 41 L.Ed. 632; *Wainscott v. Loan Ass'n*, 98 Cal. 253, 33 P. 88; *Strong v. Neidermeier*, 230 Mich. 117, 202 N.W. 938, 940; *Greer v. Board of Com'rs of Knox County*, 33 Ohio App. 539, 169 N. E. 709, 710.

*Speaking for myself, I prefer “exemplary”, not because “punitive” is necessarily inaccurate but “exemplary” better expresses the policy of the law as expressed in the cases. It is intended to teach the defendant and others that “tort does not pay” by demonstrating what consequences the law inflicts rather than simply to make the defendant suffer an extra penalty for what he has done, although that does, of course, precisely describe its effect.*²¹³

O voto que embasou a discussão neste caso foi proclamado por Lord Devlin, com o qual todos os demais membros da *House of Lords* concordaram. Neste, expressou-se a opinião de que a disponibilidade de aferição de *exemplary damages* em uma ação civil é anômala²¹⁴ porque “as considerações punitivas que esta incorpora pertencem à lei criminal.”²¹⁵ Como retrata a doutrina, sua justificação está diretamente relacionada à retribuição e desestímulo (*retribution* e *deterrence*), que também derivam da lei criminal.²¹⁶

Nessa toante, pontuamos que a indenização exemplar também confunde o propósito da lei civil e criminal, importando espécie de pena deste âmbito ao direito civil sem nenhuma das proteções correspondentes;²¹⁷ fornece ao requerente um ganho imerecido, na medida em que ultrapassa o valor da lesão efetivamente sofrida, bem como são de difícil avaliação e invariavelmente excessivos.²¹⁸

Entretanto, “devido ao peso da autoridade [da própria House of Lords e seus membros] que suporta a indenização exemplar e o fato de que eles podem, em raras circunstâncias, vindicar a força da lei, ele [Lord Devlin] preferiu restringir suas possibilidades a extingui-los de pronto.”²¹⁹

²¹³ *Cassell & Co Ltd v Broome* [1972] AC 1027, 1073. Por Lord Hailsham: “Falando por mim, eu prefiro ‘exemplares’, não porque ‘punitivo’ é necessariamente impreciso mas ‘exemplares’ melhor expressa a política da lei como expressada nos casos. Tem a intensão de ensinar o réu e outros que ‘o crime não compensa’ por demonstrar quais consequências a lei inflige ao invés de simplesmente fazer o réu sofrer uma pena extra pelo que este realizou, ainda que isto, é claro, descreva precisamente seus efeitos.”

²¹⁴ JONES. *Op. cit.* p. 513. “*The fundamental principle applied to the assessment of an award of damages is that the plaintiff should be fully compensated for his loss [...] the compensatory principle is the norm.*”

²¹⁵ MULLIS, OLIPHANT. *Op. cit.* p. 359. “*because the punitive considerations which it incorporates properly belong to the criminal law*”.

²¹⁶ OWEN, David G. **The Moral Foundations of Punitive Damages**. 40 Ala. L. Rev. 705 (1989). p. 02. Também em BALDWIN *Op. cit.* p. 01.

²¹⁷ JONES. *Op. cit.* p. 519. “*Exemplary damages can be criticised on the basis that they confuse the functions of the civil and criminal law, and leave the defendant open to punishment without the safeguards for offenders that are applied by the criminal law.*”

²¹⁸ KOZIOL, Helmut. **Punitive Damages - A European Perspective**, 68 La. L. Rev. (2008). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol68/iss3/3>> Acesso em: 26.03.2016. “*He [Dobbs] further lists the main criticisms of the institution of punitive damages, in particular (1) that punitive damages are criminal punishments and are therefore illegitimate in civil cases, or at least should be administered under the protective rules applied in criminal cases; (2) that punitive damages are out of control; (3) that punitive damages may over- or under-deter bad conduct and might be grossly unfair; and (4) that punitive damages operate to create a high risk of unfair application*”

²¹⁹ OLIPHANT (org.). *Op. cit.* p. 201. No original: “*because of the weight of authority supporting the award of exemplary damages and the fact that they could, in rare circumstances, vindicate the strength of the law he*

Sendo assim, desde *Rookes v Barnard*, um pedido de *exemplary damages* só pode suceder quando estiver compreendido entre três categorias: “a) ação opressiva, arbitrária ou inconstitucional por servidores do governo; b) conduta ilícita do réu calculada por ele para obter lucro que exceda a compensação paga ao requerente, e; c) qualquer caso onde tal pena seja autorizada por estatuto (lei)”.²²⁰

Adicionalmente, a Corte de Apelação sustentou em *Gibbons v South West Water Services Ltd*²²¹ que a causa de pedir (*cause of action*) sob a qual o pedido foi baseado deve ser a mesma que sustentou a aplicação em *Rookes*.²²² Ainda assim, em 2001, a Casa dos Lordes sustentou em *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary*²²³ que *Gibbons v South West Water Services Ltd* foi decidido erroneamente²²⁴ e que um pleito por indenização exemplar não está limitado à causa de pedir sob a qual foram fixados no caso paradigma (*leading case*) de 1964.

Como decidido em *Cassell & Co Ltd v Broome*²²⁵, ainda que um pleito demonstre-se compatível uma das categorias estabelecidas por Lord Devlin, a Corte não está compelida a fixar uma indenização punitiva.²²⁶ Esta mantém a discricção de recusar o pedido, facultando-se sua aplicação; indenizações exemplares são discricionárias, não vinculativas.²²⁷ A doutrina dos *punitive damages* requer não apenas o simples equívoco ou negligência, pois seu objetivo é punir o agente da conduta danosa. Deste modo, a fim de suceder em um pleito de indenização punitiva, será necessário provar que o ilícito cometido foi deliberadamente torpe e exercido com particular indiferença aos direitos de outrem. Do mesmo modo, devem sempre ser anexos a uma indenização compensatória, ou seja, deve existir dano de fato, ao qual a

preferred to restrict their availability rather than abolish them outright.” De acordo com o Law Commission Report n. 247. *Op. cit.* p. 01: “*The modern boundaries of the remedy of exemplary damages were fashioned by the courts on the assumption that they are an ‘anomalous’ civil remedy, and must be limited as far as precedents permit*”.

²²⁰ *Rookes v Barnard*. *Op. cit.* No original: a) *oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government*; b) *wrongful conduct by the defendant which has been calculated by him to make profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff, and*; c) *any case where such an award is authorised by statute*.

²²¹ *Gibbons v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507, [1993] 1 All ER 609.

²²² O efeito da decisão foi estagnar a lei na posição em que se encontrava em 1964.

²²³ *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] 2 WLR 1789, [2001] 3 All ER 193.

²²⁴ Não é claro se isso significa que indenizações exemplares serão necessariamente disponíveis em respeito a todos os delitos simplesmente porque se enquadram em uma das categorias de Lord Devlin. A não disponibilidade de indenizações exemplares em, por exemplo, *torts* envolvendo negligência é há muito tempo consagrada e argumenta-se que reabrir essa possibilidade às vítimas de condutas negligentes seria um erro.

²²⁵ *Cassell & Co Ltd v Broome* [1972] AC 1027, [1972] 1 All ER 801.

²²⁶ Law Commission Report n. 247. *Op. cit.* p. 05. “[...] *we believe that, provided exemplary damages are a ‘last resort’ remedy which are subject to significant limitations, and provided that the availability and assessment of exemplary damages are determined by judges and not juries, exemplary damages are a legitimate way of meeting that practical need*”.

²²⁷ *Cassell & Co Ltd v Broome*. Por Lord Hailsham: “*exemplary damages are discretionary, not mandatory.*”

mera compensação já não seja suficiente para dissuadir novas condutas tortuosas e punir o agressor.²²⁸

Como mencionado, no julgamento de *Rookes v Barnard* o voto de Lord Devlin foi decisivo para determinar o destino do instituto em comento (*availability of exemplary damages*), a este estabelecendo uma série de restrições e precauções, dentre elas a estipulação de categorias sob as quais os futuros casos deveriam incidir a fim de merecer a procedência do ditame.

Dentre estas pré-condições, ressaltamos a inicial: “a) ação opressiva, arbitrária ou inconstitucional por servidores do governo.” Para que uma indenização punitiva seja concedida sob esta categoria, o requerente deve provar a ocorrência de dois elementos, quais sejam: (1) a conduta do réu foi “opressiva, arbitrária ou inconstitucional”; bem como, (2) que a conduta opressiva, arbitrária ou inconstitucional foi cometida por um “agente público”.²²⁹

Com relação ao primeiro elemento, assim como foi estabelecido em *Holden v Chief Constable of Lancashire*²³⁰, não há clareza se as palavras devem ser entendidas conjunta ou disjuntivamente, dividindo o entendimento doutrinário sobre o tema. Entretanto, já está claro que nem todo abuso de poder ou ação inconstitucional justifica o prêmio de *exemplary damages*.²³¹ A menos que o abuso de poder ou ação inconstitucional seja “ultrajante” (*outrageous*) ou que existam outros fatores agravantes, uma indenização punitiva não será concedida.

A segunda pré-condição diz respeito ao status do réu. Como colocado em *Cassel & Co Ltd v Broome*,²³² o requerente deve comprovar que a ação opressiva, arbitrária ou inconstitucional foi cometida por agente público (*servant of the government*), termo este que não deve ser entendido de forma restritiva. Parafraseando Lord Diplock,²³³ “refere-se a todas as pessoas que exerçam poderes do governo, central ou local, conferidos a elas por estatutos ou lei comum por virtude de status oficial ou emprego que ocupem”.²³⁴

²²⁸ OWEN. *Op. cit.* p. 02.

²²⁹ OLIPHANT (org.). *Op. cit.* p. 202.

²³⁰ *Holden v Chief Constable of Lancashire* [1987] QB 380, [1986] 3 All ER 836.

²³¹ Em *Gibbons v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507 estipulou-se que a mera negligência não justifica o prêmio sob esta categoria.

²³² *Cassel & Co Ltd v Broome* [1972] AC 1027. P.1077.

²³³ *Cassel & Co Ltd v Broome*. *Op. cit.* Tradução livre. No original: “It would embrace all persons purporting to exercise powers of government, central or local, conferred on them by statute or at common law by virtue of the official status or employment which they held”.

²³⁴ A expressão utilizada por Lord Devlin é *servants of the government*, designação genérica que abarca qualquer pessoa eleita ou designada a exercer uma função pública. Na Austrália e Nova Zelândia, significa a pessoa membro de um serviço público. Fonte: <<http://dictionary.reference.com/browse/public-servant?s=t>>. Acesso em: 20.08.2015.

Neste sentido, mesmo que o réu seja servidor público, deve demonstrar-se que o ato pelo qual se pleiteia reparação foi realizado no exercício de poder governamental ou executivo.²³⁵ Importante ter-se em vista certas particularidades interpretativas que o *Common Law* britânico nos impõe, como se pode ver em *AB v South West Water Services Ltd*:

In AB v South West Water Services Ltd the defendant was a body set up under statute to supply water for profit. The Court of Appeal held that the defendant-body fell outside this category because in conducting its commercial operations it was not discharging governmental functions, nor was it acting as an instrument or agent of the government. The Court of Appeal also rejected the plaintiffs' argument that, since the defendant was a body through which the United Kingdom performed its obligations under European Community law, and as such was an 'emanation of state' for the purpose of enforcing Community directives in national courts, it therefore followed that it was exercising executive power.³¹³ Sir Thomas Bingham MR also found it unhelpful to inquire whether the defendant was a body against whose decisions judicial review was available.²³⁶

Alastair Mullis explica que em *Holden v Chief Constable of Lancashire* a Corte de Apelações recusou-se a aceitar que em todo caso em que um policial agir sem a necessária autorização cair-se-ia em uma área onde *exemplary damages* pudessem ser concedidos.²³⁷

A disponibilidade de indenizações exemplares com base nessa primeira categoria tem papel importante na defesa das liberdades civis em casos de *false imprisonment*, *assault* e *battery*, bem como *malicious prosecution*, decorrentes de má conduta policial. Do mesmo modo, verificava aplicação frequente em casos de discriminação racial e sexual por funcionários públicos até a decisão de *AB v South West Water Services Ltd*, de 1993, a qual estabeleceu um *cause of action test*, ou seja, determinava que a causa de pedir deveria estar compreendida naquelas descritas na decisão de 1964.²³⁸ Esse entendimento foi repetido em

²³⁵ JONES. *Op. cit.* p. 517. *In Broome v Cassell & Co. Ltd* [1972] AC 1027 the House of Lords made it clear that 'servants of the government' should not be interpreted narrowly, and would include a policeman or local government official, even though they are not servants of the Crown. It is not necessary that an unconstitutional act, such as unlawful arrest by a police officer, should also be oppressive or arbitrary before exemplary damages can be awarded.

²³⁶ Law Commission Report n. 247. *Op. cit.* p. 55.

²³⁷ Em *Holden v Chief Constable of Lancashire* o autor foi preso injustamente e detido por cerca de vinte minutos por um policial, mas não houve alegação ou qualquer prova no sentido de comprovar que a ação do oficial teria ocorrido de maneira opressiva ou violenta. O autor apelou contra a decisão do magistrado que negou a possibilidade do júri fixar uma indenização exemplar, argumentando que todo caso de ação inconstitucional por agente público do governo necessariamente é abarcada pela primeira categoria de Lord Devlin. A Corte de Apelação, apesar de descontente com os termos estabelecidos, aceitou que, em certos casos, ações inconstitucionais, ainda que não opressivas ou arbitrárias, poderiam dar vazão a uma indenização exemplar. A apelação foi provida e designado novo julgamento pelo júri.

²³⁸ Law Commission Report n. 247. *Op. cit.* p. 62. "Wrongs satisfying the cause of action test - because they are wrongs for which exemplary damages had been awarded before *Rookes v Barnard* - are malicious prosecution, false imprisonment, assault and battery, defamation, trespass to land or to goods, private nuisance, and tortious interference with business. Where committed by servants of government, the torts of malicious prosecution, and

*Gibbons v South West Water Services Ltd*²³⁹ que eventualmente foi derrubado no caso *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary*.²⁴⁰

As palavras de Lord Devlin são conclusivas nesse sentido:

*I should not extend this category, — I say this with particular reference to the facts of this case, — to oppressive action by private corporations or individuals. Where one man is more powerful than another, it is inevitable that he will try to use his power to gain his ends ; and if his power is much greater than the other's, he might perhaps be said to be using it oppressively. If he uses his power illegally, he must of course pay for his illegality in the ordinary way ; but he is not to be punished simply because he is the more powerful. In the case of the government it is different, for the servants of the government are also the servants of the people and the use of their power must always be subordinate to their duty of service. It is true that there is something repugnant about a big man bullying a small man and very likely the bullying will be a source of humiliation that makes the case one for aggravated damages, but it is not in my opinion punishable by damages.*²⁴¹

Apesar do particular desenvolvimento que *exemplary damages* tiveram nos EUA, com aplicação em situações muito mais amplas, sustenta-se que o modelo britânico oferece balizas metodológicas mais claras e objetivas, na medida em que configura eficiente meio de proteção dos particulares frente ao Estado, bem como possibilita que situações verdadeiramente excepcionais promovidas por particulares sejam, além de indenizadas, desestimuladas pela possibilidade de punição.

assault and battery, have fallen within category 1. Where committed for gain, the torts of defamation, trespass to land or goods, private nuisance, and tortious interference with business, have fallen within category 2.

*Wrongs failing the cause of action test - because they are wrongs for which there is no pre-Rookes v Barnard authority for an award of exemplary damages – include the tort of negligence, public nuisance, deceit, patent infringement, unlawful discrimination on grounds of sex, race or disability, and wrongs consisting of breach of Community law which English law conceptualises as civil liability for breach of statutory duty.*³⁶² *Indeed, any wrong which arises under an Act coming into force after Rookes v Barnard must inevitably fail the cause of action test, so that exemplary damages will be unavailable unless they are expressly authorised by statutory provision.*³⁶³ *And notwithstanding recent dicta, it would seem that the tort of misfeasance in a public office also fails the cause of action test.*”

²³⁹ *Gibbons v South West Water Services Ltd*. Disponível em: < <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/1994/24.html&query=Gibbons+and+v+and+South+and+West+and+Water+and+Services+and+Ltd&method=boolean> > Acesso em: 21/10/2015.

²⁴⁰ *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] 2 WLR 1789, [2001] 3 All ER 193.

²⁴¹ *Rookes v Barnard*. *Op. cit.* Tradução livre: “Eu não estenderei esta categoria – e o digo com especial referência aos fatos deste caso – a ações opressivas perpetradas por corporações privadas ou indivíduos. Onde um homem é mais poderoso do que outro, é inevitável que ele tente usar seu poder a fim de atingir seus objetivos; e se seu poder é muito maior do que o dos outros, ele pode até ser acusado de o utilizar de maneira opressiva. Se ele utilizar seu poder ilegalmente, ele deve, por óbvio, pagar por sua ilegalidade da mesma maneira que os demais. Entretanto, ele não será punido simplesmente porque é mais poderoso. No caso do governo é diferente, vez que os ‘servos do governo’ também são os ‘servos do povo’ e o uso do seu poder deve sempre ser subordinado ao seu serviço. É verdade que há algo repugnante sobre o homem grande oprimindo o pequeno homem e muito provavelmente esta opressão será a fonte de humilhação enquadrável como ‘indenização agravada’ mas não é em minha opinião o caso de uma indenização punitiva.”

No que concerne à segunda hipótese prevista por Lord Devlin, determinou-se que: “b) a conduta ilícita do réu seja calculada por ele para obter lucro que exceda a compensação paga ao requerente em eventual demanda judicial”.²⁴²

Esta categoria justifica-se nestas circunstâncias sob o argumento de que a lei não pode ser violada com impunidade.²⁴³ Como em *Rookes v Barnard*, “indenizações exemplares podem ser concedidas em qualquer situação necessária a ensinar ao réu que o crime não compensa”.²⁴⁴

*Where a defendant with a cynical disregard for the plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity. This category is not confined to money making in the strict sense. It extends to cases in which the defendant is seeking to gain at the expense of the plaintiff some object – perhaps some property which he covets – which he either could not obtain at all or not obtain except at a price greater than he wants to pay down.*²⁴⁵

Duas questões iniciais são colocadas nesta categoria. A primeira é: o que significa *profit* (lucro)? Fica claro pelo discurso de Lord Devlin acima transcrito e demais *lordships* em *Cassell & Co v Broome*²⁴⁶ que se deve dar uma interpretação abrangente a esse termo e, portanto, a essa categoria. Esta foi estendida além do sentido estrito de enriquecimento ilícito, ou seja, é mais ampla que *restitutionary damages*. Tampouco “se limita ao cálculo matemático a ser encontrado em um balancete.”²⁴⁷ O cálculo pode se dar com respeito às condições do requerente de impetrar uma ação,²⁴⁸ seja porque este não possui o dinheiro para

²⁴² *Rookes v Barnard. Op. cit. “Cases in the second category are those in which the Defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff.”*

²⁴³ LAW COMMISSION. Report nº 247. *Op. cit.* p. 56.

²⁴⁴ *Rookes v Barnard Op. cit.* por Lord Devlin. Tradução livre. No original: “*Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay*”.

²⁴⁵ *Rookes v Barnard Op. cit.* por Lord Devlin. Tradução livre: “Onde um réu com desprezo cínico pelos direitos do requerente tenha calculado que o dinheiro a ganhar com seu ilícito provavelmente excederá a indenização em risco, é necessário que a lei mostre que não pode ser violada com impunidade. Essa categoria não é confinada ao lucro pecuniário em sentido estrito. Ela estende-se aos casos em que o requerido procura alcançar um objetivo às custas do requerente – talvez alguma propriedade que cobiça – que ele ou não pode obter ou só poderia obter a um preço maior do que está disposto a pagar.”

²⁴⁶ *Cassell & Co Ltd v Broome [1972] AC 1027.*

²⁴⁷ OLIPHANT (Org). *Op. cit.* p. 204. Tradução livre. No original: “*to the kind of mathematical calculations to be found on a balance sheet*”.

²⁴⁸ JONES. *Op. cit.* p. 518. *It is not necessary to show that there has been a precise calculation of profit and loss, because the category extends to cases ‘where the defendant is seeking to gain at the expense of the plaintiff some object—perhaps some property which he covets—which either he could not obtain at all or not obtain except at a greater price than he wants to pay down’. What is required is knowledge by the defendant that what he proposes to do is against the law or a reckless disregard for whether it is legal or illegal, and a decision to proceed because the prospects of material advantage outweigh the prospects of material loss.*

iniciar o procedimento ou porque pode estar sendo física ou psicologicamente intimidado.²⁴⁹ A *Law Commission*, reportando-se a *Rookes*, coloca que a segunda categoria estabelecida é mais abrangente do que mero ganho financeiro, em sentido estrito, inclui casos em que o agente deseje receber qualquer tipo de benefício decorrente de seu ilícito.

A segunda questão é: o que constitui o elemento *calculation*?²⁵⁰ Ainda que se deva utilizar uma interpretação abrangente a presente categoria, o mero fato de um *tort* ser cometido no curso de um negócio comercial não é suficiente para enquadrar o caso na segunda categoria de *Rookes v Barnard*. O que é necessário ainda é “(i) conhecimento de que o que se propõe a fazer é contra a lei ou descaso quanto à legalidade ou ilegalidade do que se propõe fazer, e (ii) decisão de continuar a fazer porque a perspectiva de vantagem material supera o prospecto de perda econômica.”²⁵¹ Descuido por si só, ainda que extremo, não é suficiente.

*Those two cases make it perfectly clear that the mere fact that a newspaper is run for profit and that everything published in the newspaper is published, in a sense, with a view to profit, does not automatically bring newspaper defendants into the category of those who may have to pay exemplary damages on the footing that what they have done has been done with a view of profit. A newspaper which reports news in an ordinary run of the mill way and happens to make a mistake in its report is not to be mulct in exemplary damages merely because what is done is done with a view for profit. On the other hand it is perfectly clear, from those authorities, that in a case in which a newspaper publishes matter which it either knows to be false or which it publishes recklessly, careless whether it be true or false, and on the calculated basis that any damages to be paid as a result of the litigation will be less than the profit which the publication of that matter will give, then Lord Devlin's conditions are satisfied and exemplary damages are permissible.*²⁵²

²⁴⁹ JONES. *Op. cit.* p. 517. In *Broome v Cassell & Co. Ltd*, for example, the defendants published a book, which before publication, they knew contained defamatory and untrue statements about the plaintiff. Nonetheless, they proceeded with the publication, believing that the profits from the sales would exceed any award of damages. The House of Lords upheld an award of £15,000 compensatory damages and £25,000 exemplary damages.

²⁵⁰ LAW COMMISSION Report nº 247. *Op. cit.* p. 56.

²⁵¹ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 205. Tradução livre. No original: “in addition is (i) knowledge that what is proposed to be done is against the law or a reckless disregard as to whether what is proposed to be done is illegal or legal, and (ii) a decision to carry on doing it because the prospects of material advantage outweigh the prospects of material loss”.

²⁵² *Cassel & Co Ltd v Broome*. *Op. cit.* por Lord Hailsham. Tradução livre: Estes dois casos deixam perfeitamente claro que o mero fato de jornais moverem-se por lucro e que tudo que é neles publicado, de certa forma, é publicado por dinheiro, não o insere automaticamente na mesma categoria daqueles que podem pagar danos exemplares visto que o que fizeram foi feito com objetivo de lucrar. Um jornal que reporta notícias de forma regular e que eventualmente cometa um erro em sua reportagem não deve ser multado com danos exemplares meramente porque o que fez foi feito por dinheiro. Por outro lado, é perfeitamente claro, por estas autoridades, que em um caso em que um jornal publica assunto que sabe ser falso ou em que publica irresponsavelmente, sem saber se é verdade ou mentira, e calculando que qualquer indenização a ser paga como resultado do litígio será menor do que o lucro arrecadado com a publicação daquele assunto, então as condições de Lord Devlin estão satisfeitas e danos exemplares são possíveis.

Estas questões foram consideradas quando do julgamento de *John v MGN Ltd* [1997] QB 586²⁵³, uma ação de difamação entre o famoso musicista, Elton John e o jornal *Mirror Group Newspaper*. Neste processo, Sir Thomas Bingham MR propôs que quando uma indenização exemplar fosse exigida, que o júri avaliasse se o jornalista não acreditava no que estava publicando. Isso se deveu a sua preocupação com a possível confusão que os termos usualmente utilizados para orientar o júri (*not caring* e *mere carelessness*)²⁵⁴ poderiam causar levando-o a igualar ambos os termos. Dessa forma, “é necessário que o escritor tenha suscitado que as palavras fossem inverídicas e deliberadamente tenha se esquivado de tomar as devidas precauções”.²⁵⁵

Por fim, a terceira categoria estipulada por Lord Devlin reconhece que a indenização exemplar pode ser concedida em “c) qualquer caso onde tal pena seja autorizada por estatuto (lei).” Como esclarece Alastair Mullis, poucos são os estatutos que claramente permitem essa possibilidade,²⁵⁶ de fato, até mesmo aqueles estatutos citados por Lord Devlin a título exemplificativo desta categoria,²⁵⁷ quando do julgamento de *Rookes v Barnard*, são motivo de discussão, tendo jamais o assunto sido conclusivamente decidido.

Atualmente, a maior discussão acerca do tema diz respeito à possibilidade de aplicação, ou não, de indenização exemplar em casos previstos em estatutos posteriores a *Rookes v Barnard* que não apresentem em seu texto a hipótese de cabimento do referido *damages*.²⁵⁸

2.2.1.1. Discrecionabilidade e Quantificação

Ainda que um pleito demonstre-se compatível a uma das categorias estabelecidas por Lord Devlin, a corte não está compelida a fixar uma indenização punitiva. A indenização exemplar é discrecionária e a corte mantém sua autonomia para discernir caso a caso pela

²⁵³ *John v MGN Ltd* [1997] QB 586. “*Exemplary damages can only be awarded if the plaintiff proves that the defendant when he made the publication knew that he was committing a tort or was reckless whether the action was tortious or not, and decided to publish because the prospect of material advantage outweighed the prospects of material loss.*” Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/1995/23.html&query=John+and+v+and+MGN+and+Ltd&method=bolean>>. Acesso em: 22.03.2016.

²⁵⁴ Tradução livre: Não se importando; mero descuido.

²⁵⁵ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 207. Reportando-se à *Riches v News Group Newspapers Ltd* [1986] QB 256: “*The publisher must have suspected that the words were untrue and have deliberately refrained from taking obvious steps which, if taken, would have turned suspicion into certainty.*”

²⁵⁶ Alguns estatutos vislumbram a possibilidade de “*double damages*”: o *Distress for Rent Act 1737*, §§3, 18; e *Landlord and Tenant Act 1730*, § 1.

²⁵⁷ *Section 13(2) of the Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951*.

²⁵⁸ Esta é a situação evidente nos EUA, onde o instituto se desenvolveu com maior liberdade e aplicabilidade.

aplicação ou não de *exemplary damages*. Isto significa dizer que, ainda que o caso sob júdice preencha todos os elementos necessários ao cabimento da indenização punitiva, não há meio legal de compelir a corte a fixar essa punição, visto que mantém discricionariedade absoluta para afastar o instituto.²⁵⁹

Como ensina Mullis, ainda que a corte decida por conceder a indenização exemplar, a valoração desta quantia deve, necessariamente, envolver critérios diferentes daqueles pertinentes a uma indenização meramente compensatória.

O referido autor elenca nove pontos a serem considerados em qualquer situação em que uma indenização exemplar estiver envolvida, quais sejam: “(1) o requerente deve ser a vítima do comportamento punível; (2) Relevância do valor arbitrado a título compensatório; (3) Indenizações moderadas; (4) Relevância de pena criminal; (5) Os meios do réu; (6) A conduta das partes; (7) Custos; (8) Múltiplas partes; (9) Responsabilidade indireta.”²⁶⁰

Em *Rookes v Barnard*, Lord Devlin sustentou que há três características a serem consideradas para calcular uma indenização exemplar²⁶¹: as condições econômicas do réu, a necessidade por moderação na quantia a ser arbitrada e que (1) o requerente deve ser a vítima do comportamento punível. Quanto a esta última, resta um problema, vez que até hoje não se sabe inteiramente o que Lord Devlin tentou explicar. No *Common Law*, as partes não podem ceder causas de pedir relativas a danos personalíssimos, de modo que no caso de eventual falecimento da vítima, qualquer pedido de *exemplary damages* morre consigo.²⁶² Deste modo, é difícil pensar em qualquer outra hipótese onde esta espécie de indenização seja requerida senão pela vítima do comportamento punível.

É necessário levar em consideração (2) o valor arbitrado a título compensatório. Em *Tort Law*, o pleito de *exemplary damages*, como visto anteriormente, é excepcional. Tanto também decorre do fato de, por não raras vezes, a quantia fixada a título compensatório já carregar em si o potencial de punir e dissuadir o réu quanto à prática reiterada do fato lesivo. Entende-se, portanto, que apenas quando o valor a título compensatório é inadequado

²⁵⁹ Em *Broome v Cassell* [1972] AC 1027, 1060B Lord Hailsham declarou que: “a punitive award, if it is ever permissible, must always be discretionary.”

²⁶⁰ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 208-211. Tradução livre. No Original: “(1) The claimant must be the victim of the punishable behaviour; (2) Relevance of amount awarded by way of compensatory damages; (3) Moderation of awards; (4) Relevance of any criminal penalty; (5) The means of the defendant; (6) The conduct of the parties; (7) Costs; (8) Multiple parties; (9) Vicarious liability.”

²⁶¹ JONES. *Op. cit.* p. 520. “The amounts awarded as exemplary damages vary considerably, for, though in *Rookes v Barnard* it was said that they should be moderate, libel actions and actions against the police for false imprisonment tend to be tried by juries, who are usually more generous and less consistente than judges in assessing damages.”

²⁶² OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 209. “It is already accepted law that parties cannot assign causes of action in tort, and that where the victim is dead any claim for exemplary damages dies with him”.

para punir o agente por sua conduta ultrajante, para marcar a desaprovação e impedir que este o repita futuramente, então uma quantia maior poderá ser arbitrada.²⁶³

Ainda que se reconheça o papel punitivo da indenização exemplar, é pacífico o posicionamento de que (3) estas indenizações devem ser moderadas.²⁶⁴ Nos sistemas anglo-saxões a figura do júri é recoberta com grande importância e participação na tomada de decisões judiciais, não apenas nos casos de crimes contra a vida, como é a praxe nos países de *Civil Law*, como também nos julgamentos que envolvem direitos civis.

Este apego ao júri é característica marcante e objeto tanto de elogios quanto de críticas à sistemática aplicada. É possível observar, ao menos na Inglaterra, um movimento pela diminuição de competências do júri ao longo dos anos – seja pelo alto custo da instituição, seja pela celeridade que o julgamento monocrático pelo magistrado singular proporciona – evidenciadas pelo surgimento do *New County Courts* (1846), o *Common Law Procedure Act* (1854) e o *Administration Act (Miscellaneous Provisions Act)* (1933).

Segundo Sir Thomas Bingham MR, ao tratar-se de “*punitive damages*, ao júri falta aquele sentido instintivo de onde fixar suas indenizações. Eles estavam na posição de ovelhas soltas em um pasto não cercado e sem pastor”.²⁶⁵ Visando evitar futuras decisões desproporcionais e trazer certo semblante de realidade ao tamanho das indenizações exemplares, a Corte de Apelações fixou um valor máximo e mínimo para estas em ações de *false imprisonment* e *malicious prosecution* em *Thompson v Metropolitan Police Comr* e *Hsu v Metropolitan Police Comr*.²⁶⁶

Nesta toante, tornou-se claro em *John v MGN Ltd* que a Corte de Apelações usará seus poderes, de acordo com a seção número oito do *Courts and Legal Services Act* (1990),

²⁶³ *Rookes v Barnard*. *Op. cit.* “... if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may, of course be a sum aggravated by the way in which the defendant has behaved to the plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum”.

²⁶⁴ KOZIOL *Op. cit.* p. 744. “He proposes that extra-compensatory damages should be triggered when it is shown that deterrence is needed. The measure of such damages should be taken by assessing the amount necessary to deter-not the amount necessary to inflict justly deserved punishment. According to Dobb's opinion, for torts committed in the course of a profit-motivated activity, the deterrence measure should usually be either the profit or gain derived by the defendant from the activity or the plaintiffs reasonable litigation costs, including a reasonable attorneys' fees. As a result, “punitive damages” would still be extra-compensatory, but no longer punitive.”

²⁶⁵ *John v MGN Ltd* [1997] QB 586. *Op. cit.*

²⁶⁶ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 212. Reportando-se a *Thompson v Metropolitan Police Comr* e *Hsu v Metropolitan Police Comr* [1998] QB 498, Mullis relembra parte do que foi colocado por Lord Woolf MR: “Where exemplary damages are appropriate they are unlikely to be less than £5,000. Otherwise the case is probably not one which justifies an award of exemplary damages at all. In this class of action the conduct must be particularly deserving of condemnation for an award of as much as £50,000 should be regarded as an absolute maximum, involving officers of at least the rank of superintendent.”

para alterar valores excessivos concedidos a título indenizatório em ações de difamação, ainda que um teto não tenha sido fixado naquele caso.

Por sua vez, ao averiguar a necessidade e possível valor da indenização punitiva deve-se levar em consideração (4) a existência de condenação na jurisdição criminal, a fim de evitar a dupla punição do agente pela mesma conduta.²⁶⁷ Sob o tema, em *Gibbons v South West Water Services Ltd*²⁶⁸ a Corte de Apelações rejeitou a aplicação de *exemplary damages* vez que o réu já havia sido julgado e punido em respeito à conduta em análise. Entretanto, segundo Mullis, onde a conduta sob a qual se pode aplicar a indenização punitiva é diferente daquela pela qual o réu foi condenado na esfera penal, não há objeção à aplicação deste *damages*. Em *Ashgar v Ahmed*²⁶⁹ a indenização exemplar foi fixada contra o inquilino, mesmo quando o locatário fora condenado pela expulsão indevida daquele. Segundo a corte, a indenização exemplar foi fixada devido ao comportamento ultrajante que se seguiu após a condenação.

Outra questão relevante é aquela que concerne (5) aos meios do réu. Em *Rookes*, concluiu-se que estes “ainda que irrelevantes ao cálculo da indenização compensatória, podem ser considerados para o cálculo da indenização exemplar”.²⁷⁰ Em *Thompson v Metropolitan Police Comr, Hsu v Metropolitan Police Comr*, fixou-se o entendimento de que quando uma ação for impetrada contra a polícia ou outro serviço público em geral, deve-se instruir o júri que, caso o órgão público não seja segurado, qualquer soma por eles fixada não mais estará disponível por aquele órgão para ser investido em benefício do público, visto que deverá direcionar seu orçamento ao pagamento da quantia arbitrada. Tal parâmetro não deve ser colocado caso o órgão público ou polícia tenham seguro.²⁷¹

Ainda, (6) a conduta das partes, antes e durante o julgamento, deve ser levada em consideração tanto para averiguar a necessidade de *punitive damages*, quanto para estabelecer seu valor.²⁷²

²⁶⁷ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 210. “That the defendant has already been convicted and punished by means of the criminal process is a matter that should, to avoid punishing a person twice for the same conduct, be taken into account in the assessment of exemplary damages”.

²⁶⁸ *Gibbons v South West Water Services Ltd. Op. cit.*

²⁶⁹ *Asghar v Ahmed* (1984) 17 HLR 25. O Law Commission Report n° 247 *Op. cit.* reveriu-se a este caso, no qual locador expulsou indevidamente locatário, rompendo o vínculo contratual. Entretanto, a postura adotada pelo locatário após a condenação do locador, agressiva e desrespeitosa, deu azo à sua própria condenação em *punitive damages*.

²⁷⁰ *Rookes v Barnard. Op. cit.*

²⁷¹ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 210.

²⁷² OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 210.

*“In an appropriate case the jury should be told that even though the plaintiff succeeds on liability any improper conduct of which they find him guilty can reduce or even eliminate any award of... exemplary damages if the jury consider that this conduct caused or contributed to the behaviour complained of”.*²⁷³

No entanto, não se deve considerar quaisquer (7) custos do processo, mesmo que isso poderia, por si só, ter um efeito punitivo e dissuasório.²⁷⁴ Não há, nos EUA e Grã-Bretanha, o que conhecemos no Brasil por ônus de sucumbência, a obrigação de arcar com os custos do processo e dos honorários advocatícios da parte contrária em caso de derrota numa disputa judicial. Estes valores são, via de regra, repartidos entre ambas as partes independentemente do resultado da ação. O sistema é concebido de maneira a não desestimular pessoas de baixa renda a procurarem o sistema judiciário por medo de pagar custas e honorários altíssimos, caso derrotado.

Quando demandas judiciais envolvem (8) Múltiplas partes; ainda que a corte ou júri detenham autoridade para fixar uma quantia única para representar a indenização compensatória e exemplar, na prática montas separadas são fornecidas. Sem esta separação é difícil imaginar como a Corte de Apelações poderia exercer qualquer controle sobre indenizações excessivas.

*Where more than one person seeks exemplary damages in joint proceedings against a single defendant, a similar principle applies: there can be only one verdict and only one judgment in their favour. Where exemplary damages are appropriate, the jury should be directed to determine a single sum that is appropriate punishment for the defendant's conduct. The fact that the tort is committed against more than one person may serve to increase the appropriate amount but 'it is the total amount of any increase of damages for punishment which must not be unreasonable and excessive for the purpose of expressing disapproval of a tortious defendant's conduct and deterring him from repeating it'. When this sum has been assessed, it should be divided equally amongst the total number of successful claimants.*²⁷⁵

²⁷³ *Thompson v Metropolitan Police Comr, Hsu v Metropolitan Police Comr [1998] QB 498, [1997] 2 All ER 762.* Tradução livre: Em um caso apropriado ao júri deve ser dito que, ainda que o requerente suceda em seu pleito, qualquer conduta imprópria que lhe julguem culpado pode reduzir ou até mesmo eliminar qualquer prêmio de... indenização exemplar se o júri considerar que essa conduta causou ou contribuiu para o comportamento do qual se reclama.

²⁷⁴ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 210. “No account should, however, be taken of any costs order that will be made even though this could in itself have a punitive and deterrent effect.”

²⁷⁵ OLIPHANT (org). *Op. cit.* p. 211. Tradução livre: Onde mais de uma pessoa busca uma indenização exemplar em processo com múltiplos requerentes contra um réu singular, um princípio similar é aplicado: só pode haver um veredito e um julgamento a seu favor. Onde danos exemplares são apropriados, o júri deve ser direcionado a determinar uma monta singular e que esta seja uma punição adequada a conduta do réu. O fato de um delito ser cometido contra mais de uma pessoa pode servir para aumentar o valor apropriado mas ‘é o valor total de qualquer aumento de indenização por punição que não pode ser irrazoável e excessivo pelo propósito de expressar desaprovação pela conduta tortuosa do réu e impedi-lo de repeti-la’. Quando esta soma for encontrada, ela deve ser dividida igualmente pelo número total de reclamantes que sucederem no pleito.

Onde mais de uma pessoa está envolvida na consecução de um delito, deve haver um veredito e uma soma única arbitrada contra todos os réus.²⁷⁶

É importante ter-se em mente que o instituto da indenização exemplar, como colocado páginas atrás, por datar-se de aproximadamente 1760, encontra enormes dificuldades em adaptar-se ao direito moderno. Não apenas por ser remanescente de um período onde a divisão entre as esferas pública e privada, civil e penal, ainda era pouco clara, novos contornos sociais e instrumentos jurídicos dificultam ainda mais sua aplicação. É o caso da (9) responsabilidade indireta ou responsabilidade civil por fato de outrem.

O fato da pessoa a responder pelos danos cometidos não ser a mesma que perpetrrou a conduta danosa deve ser levado em consideração no que concerne a apreciação da indenização. As relações empregatícias, por exemplo, que geram o dever de indenizar do empregador pelos atos de seus funcionários é imprópria para *punitive damages*, vez que não se podem imputar aqueles requisitos estabelecidos por Lord Devlin a terceiro.

Em *Thompson v Metropolitan Police Comr*, Lord Woolf:

*The fact that the defendant is a chief officer of police also means that here exemplary damages should have a lesser role to play. Even if the use of civil proceedings to punish a defendant can in some circumstances be justified it is more difficult to justify the award where the defendant and the person responsible for meeting any award is not the wrongdoer, but his 'employer'. While it is possible that a chief constable could bear a responsibility for what has happened, due to his failure to exercise proper control, the instances when this is alleged to have occurred should not be frequent.*²⁷⁷

Por sua vez, a *Law Commission* sugere que os seguintes elementos devem ser considerados para o arbitramento de *punitive damages*:

"in deciding the amount of punitive damages, the judge must consider, where applicable, the following matters: (a) the state of mind of the defendant; (b) the nature of the right or rights infringed by the defendant; (c) the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause by his conduct; (d) the nature and extent of the benefit that the defendant derived or intended to derive from his conduct; (e) any other matter which the judge in his or

²⁷⁶ A este respeito ver *Heydon's Case (1612) 11 Co Rep 5^a*; *Clark v Newsam (1847)*; *Chapman v Ellesmere [1932] 2 KB 431*; *Egger v Viscount Chelmsford [1965] 1 QB 248 at 262*.

²⁷⁷ *Op. cit.* Tradução livre: "O fato do réu ser um chefe de polícia também significa que aqui a indenização exemplar deve ter um papel menor. Mesmo que o uso de procedimentos civis para punir o réu seja em algumas circunstâncias justificável, é mais difícil justificar a indenização onde o réu e a pessoa responsável por ressarcir qualquer quantia não é o malfeitor, mas seu 'empregador'. Enquanto é possível que um comandante de polícia possa suportar a responsabilidade pelo que aconteceu, dada a sua falha em exercer o controle adequado, as instâncias onde tanto alega-se ocorrer não são frequentes."

*her discretion considers to be relevant (other than the means of the defendant). (Draft Bill, clause 5(2))*²⁷⁸

A conclusão da Comissão Jurídica no relatório nº 247 de 1997 indica que *exemplary damages* devem ser encarados como solução *ultima ratio*, um *last resort* jurídico dentro do arcabouço de possibilidades legais e sujeitos a uma série de restrições e limitações. Nesse sentido, o relatório sugere que esta espécie de indenização seja apenas calculável pelo juiz, e não pelo júri, como tradicionalmente acontece no *Common Law*. Entretanto, a Comissão sugere que a reforma expresse a disponibilidade desta figura para qualquer *tort* ou *equitable wrong* que seja cometido de forma deliberada e com evidente desrespeito aos direitos da vítima.²⁷⁹

Ao formularem as recomendações para uma possível reforma, a Comissão estabeleceu cinco critérios principais: 1) Devem ser excepcionais; 2) Devem-se estipular critérios mais claros para sua concessão; 3) Evitar incertezas quanto ao cálculo da indenização exemplar; 4) O réu não pode ser injustamente prejudicado; 5) Não deve existir impacto sob a administração e financiamento da justiça civil.²⁸⁰

Ainda, segundo a Comissão, há uma necessidade prática que os *punitive damages* são capazes de cumprir, vez que estes são a forma mais eficaz de prevenir abusos de poder pela polícia, impedir condutas discriminatórias por funcionários e pessoas em geral e desencorajar a violação deliberada de legislações referentes à segurança e saúde.²⁸¹

²⁷⁸ LAW COMMISSION. Report nº 247. p. 107.

²⁷⁹ LAW COMMISSION. Report nº 247. p. 105. “We therefore favour the ‘Expansionist Model’. Punitive damages should be available for any tort or equitable wrong which is committed with conduct which evinces a deliberate and outrageous disregard of the plaintiff’s rights. Punitive damages should not, however, be available for breaches of contract. We believe that this model affords a principle of general application upon which to base the availability of punitive damages. Such ‘expansion’ is consistent with the common law relating to exemplary or punitive damages in major Commonwealth jurisdictions, even after *Rookes v Barnard*.”

²⁸⁰ LAW COMMISSION. Report n.247. Op. cit. p.05. “In formulating our recommendations, our guiding aims have been five-fold. First, exemplary damages should be an exceptional remedy, rarely-awarded and reserved for the most reprehensible examples of civil wrongdoing which would otherwise go unpunished by the law. Secondly, their availability (and assessment) must be placed on a clear, principled basis. Thirdly, although flexibility is necessary, unnecessary uncertainty as to the availability and assessment of the remedy must be avoided. Fourthly, defendants must not be unfairly prejudiced. Fifthly, the impact on the administration and funding of civil justice should not be adverse. We believe that, if legislative reform is guided by those aims, the remedy of exemplary damages can emerge as a useful and legitimate, rather than anomalous, civil remedy, which may be expected to command support from all but the strongest proponents of abolition”.

²⁸¹ LAW COMMISSION. Report n.247. Op. cit. p.05. “Our attention was drawn by large numbers of consultees to what are, or would be, ‘gaps’ in the law - areas in which other remedies or sanctions are inadequate, in practice, to punish and to deter seriously wrongful behaviour. These ranged from providing sanctions against abuses of power by the police, to deterring unlawfully discriminatory conduct by employers or persons generally, to discouraging deliberate violations of health and safety legislation. In general terms, one can regard the gaps as flowing from the fact that the criminal law and criminal process do not work perfectly (and inevitably so). Substantial numbers of consultees considered that exemplary damages do or could have a useful role to play in filling these gaps. They fulfil a practical need. We agree.”

2.2.2. *Aggravated Damages*

Há ainda bastante discussão quanto ao significado e função de *aggravated damages*, ou indenização agravada. Esta não era reconhecida como uma categoria autônoma até o julgamento de *Rookes v Barnard*. Antes da análise de Lord Devlin neste precedente, não se diferenciava indenizações agravadas de indenizações punitivas. Era comum a utilização indiscriminada de termos como “punitiva”, “exemplar”, “agravada”, “retributória” e “vindicativa” para se referir a esta categoria.²⁸²

O conceito, como colocado pelo magistrado supracitado, vai ao sentido de constituir uma indenização por um *tort*, fixada para compensar a vítima por um *mental distress*, onde a maneira pela qual o agente cometeu a ilicitude, ou seus motivos para cometê-la, ou ainda sua conduta subsequente a esta, tenha afrontado (*outraged*) a vítima. Tal conduta ou motivo agrava a lesão sofrida pela vítima e, desta maneira, possibilita a fixação de um valor maior a título compensatório.²⁸³

Para Mullis e Oliphant, *aggravated damages* são tipicamente concedidos quando a maneira pela qual o ilícito é cometido é de modo a ferir os sentimentos de orgulho e dignidade do requerente, ou a dar vazão para humilhação, insulto ou outra aflição.²⁸⁴ Em teoria, estas indenizações são apenas compensatórias.²⁸⁵ Ao contrário das indenizações exemplares (*exemplary damages*), estes são fixados com o intuito de compensar o requerente por qualquer lesão adicional resultante da maneira arrogante pela qual o réu se comportou,²⁸⁶ e não para puní-lo, condená-lo ou dissuadir o requerido de algum modo.²⁸⁷

Duas pré-condições devem ser satisfeitas a fim de que se pleiteiem indenizações agravadas. Primeiro, a conduta ou motivo do réu deve ser excepcional, particularmente

²⁸² LAW COMMISSION. Report nº 247. *Op. cit.* p. 10.

²⁸³ *Rookes v Barnard. Op. cit.*

²⁸⁴ MULLIS, OLIPHANT. *Op. cit.* p. 364. Tradução livre. No original: *Awarded where the manner in which the tort was committed was such as to injure the claimant's proper feelings of pride and dignity, or gave rise to humiliation, insult or other distress.*

²⁸⁵ KOZIOL. *Op. cit.* p. 746. “Wright thus reconciles punitive damages to some extent with aggravated damages under English law, which serve as additional compensation for mental suffering, wounded dignity, and injured feelings. It seems to be problematic when Colby describes this as the historical English idea of punitive damages, because under English law compensation has been and still is the function of aggravated damages.”

²⁸⁶ *McCarey v Associated Newspapers Ltd (No 2) [1965] 2 QB 86 at 104*, por Pearson LJ. “Awarded [...] to compensate the claimant for any additional injury resulting from the high-handed way in which the defendant has behaved”.

²⁸⁷ ROGERS. *Op. cit.* p. 223. “‘Aggravated’ damages may be awarded in circumstances where wilful or high handed conduct increases the loss suffered by the plaintiff, as by exposing him to humiliation or ridicule. This in no way conflicts with the principle of compensation and in a sense these cases do not form a separate category at all for they are merely concerned with the quantification of the loss, but it is rather different sort of compensation from that in respect of a broken leg or a wrecked car.”

ofensiva, dolosa e, em certas circunstâncias, subsequente ao ilícito.²⁸⁸ O segundo requisito é uma lesão a um interesse de personalidade (*personality interest*), que tem como consequência, normalmente, *mental distress* e *injury to feelings*.²⁸⁹

Em *Rookes v Barnard*, Lord Devlin sustentou que a indenização agravada é apropriada onde a maneira pela qual o ilícito é cometido é de modo a lesar a vítima em seus sentimentos de orgulho e dignidade, provocar humilhação, insulto ou dor.²⁹⁰ Para Devlin, a conduta ofensiva, ou que fosse acompanhada por dolo, malícia, insolência ou arrogância, poderia possibilitar a indenização por uma lesão intangível.²⁹¹

Em *Cassell & Co v Broome*²⁹² a *House of Lords* sustentou que sofrimento mental (*mental distress*), lesão a sentimentos (*injury to feelings*), insulto (*insult*), indignidade (*indignity*), humilhação (*humiliation*), e um elevado senso de lesão ou injustiça (*heightened sense of injury or grievance*) eram suficientes para dar vazão à indenização agravada. Exemplos de conduta excepcional incluem despejo ilícito de inquilino em contexto de assédio ou abuso, má conduta policial e difamação.²⁹³

O requisito relacionado à *injury to feelings* significa que a vítima que não tem conhecimento da conduta excepcional do agente não pode pleitear *aggravated damages*, ainda que a conduta tenha o potencial de ensejar sua indignação e revolta. Isto também significa dizer que uma empresa, que não possui sentimentos, ou a pessoa que não está ciente dos motivos do réu não deve estar apta a receber uma indenização agravada.²⁹⁴ Entretanto, há precedente nesse sentido. No caso *Messenger Newspapers Group Ltd v National Graphical Association* [1984] IRLR 397, 407, fixou-se que uma empresa poderia receber *aggravated damages*, todavia estes deveriam ser inferiores aos que um ser humano nas mesmas condições receberia, visto que não possui sentimentos.²⁹⁵

Quando se fala no fato da conduta precisar ser excepcional, significa que esta espécie de indenização é reservada para condições não abarcadas por negligência, imprudência ou imperícia, mesmo quando estas são bastante sérias, ou mesmo para quebra de

²⁸⁸ *Rookes v Barnard* Op. cit. “The defendant’s conduct must be exceptional, ie particular offensive or accompanied by malevolence or spite.”

²⁸⁹ OLIPHANT. Op. cit. p. 213.

²⁹⁰ *Rookes v Barnard* Op. cit.

²⁹¹ LAW COMMISSION. Report n. 247. Op. cit. p. 11.

²⁹² *Cassell & Co v Broome* [1972] AC 1027, [1972] 2 All ER 801.

²⁹³ LAW COMMISSION. Report n. 247. Op. cit. p. 12. “In *Thompson v MPC*,⁸⁸ Lord Woolf MR gave as examples in cases involving wrongs committed by police officers: ... humiliating circumstances at the time of arrest or any conduct of those responsible for the arrest or the prosecution which shows that they had behaved in a high handed, insulting, malicious or oppressive manner either in relation to the arrest or imprisonment or in conducting the prosecution.”

²⁹⁴ OLIPHANT. Op. cit. p. 213.

²⁹⁵ LAW COMMISSION. Report n. 247. Op. cit. p. 12.

dever contratual.²⁹⁶ Precedentes existem em casos de violência física (*assault/battery*), cárcere privado (*false imprisonment*), calúnia (*malicious prosecution*), difamação (*defamation*), intimidação (*intimidation*), discriminação (*discrimination*), transgressão de propriedade (*trespass to land*), fraude (*deceit*), perturbação do socego público ou privado (*nuisance*) e interferência ilegal em negócios alheios (*unlawful interference with business*).²⁹⁷

Como se colocou anteriormente, por vezes, o sistema de *common law of torts* é descrito como uma “lata de lixo legal”, onde condutas, em sua maioria desconexas entre si, são aglomeradas de maneira minimamente sistemática. Os *torts* supracitados evidenciam esta afirmação, vez que envolvem interferências com diferentes tipos de interesses jurídicos, como: direitos de personalidade, de propriedade ou interesse comercial. Ao tentar traçar uma correlação entre estes se poderia dizer que, em sua maioria, o dano principal é de caráter não pecuniário. Do mesmo modo, são situações onde as indenizações tendem a ser fixadas “*at large*”, ou seja, não limitadas às perdas pecuniárias que podem ser especificamente provadas.²⁹⁸

Quanto aos critérios para fixar o valor dos danos, explica Lord Reid:

*Any one trying to fix a sum as compensation [for aggravated damages] will probably find in his mind a wide bracket within which any sum could be regarded by him as not unreasonable [...] So in the end there will probably be a wide gap between the sum which on an objective view could be regarded as the least and the sum which could be regarded as the most to which the plaintiff is entitled to compensation. It has long been recognised that in determining what sum within that bracket should be awarded, a jury, or other tribunal, is entitled to have regard to the conduct of the defendant. He may have behaved highhanded, malicious, insulting or oppressive manner in committing the tort or he or his counsel may at the trial have aggravated the injury by what they there said. That would justify going to the top of the bracket and awarding as damages the largest sum that could fairly be regarded as compensation.*²⁹⁹

²⁹⁶ Kralj v McGrath [1986] 1 All ER 54.

²⁹⁷ LAW COMMISSION. Report nº 247. *Op. cit.* p. 15.

²⁹⁸ Rookes v Barnard. *Op. cit.* “*not limited to the pecuniary loss that can be specifically proved*”.

²⁹⁹ Cassell & Co v Broome [1972] AC 1027, [1972] 2 All ER 801. Tradução livre: Qualquer um tentando fixar uma monta a título de compensação [por indenização agravada] irá provavelmente achar em sua cabeça um largo espectro em que qualquer valor pode ser considerado por si como “não irrazoável” [...] Então no final provavelmente haverá uma grande distância entre a soma que numa visão objetiva pode ser considerada como mínima e a soma que pode ser considerada como a maior a qual o requerente está sujeito a ser compensado. Já foi reconhecido há muito tempo que ao determinar qual soma dentre aquele espectro deve ser concedida, o júri, ou outro tribunal, deve considerar a conduta do réu. Ele pode ter se comportado de maneira arrogante, maliciosa, insultante ou opressiva ao cometer o delito, ou ele ou seu defensor podem ter agravado o dano durante o julgamento pelo que lá disseram. Isto poderia justificar ir para o topo daquele intervalo e premiar como indenização o maior valor passível de ser justamente deferido como compensação.

Pelo exposto, pode-se afirmar que *aggravated damages* são indenizações de natureza compensatória, ainda que de caráter excepcional, que provê compensação por *mental distress* ou *injury to feelings* causados pela maneira ou motivo pelo qual o delito foi cometido ou pela conduta subsequente ao delito perpetrado pelo agente. Deste modo, a indenização agravada deve ser calculada de maneira similar a outras formas de indenização por danos não pecuniários ou lesões intangíveis.³⁰⁰

Jones sugere que:

*Where damages are at large, which is where the award is not limited to the pecuniary loss that can be specifically proved (Rookes v Barnard [1964] AC 1129, 1221; e.g., loss of reputation, injured feelings, pain and suffering or loss of amenity: Broome v Cassell & Co. Ltd [1972] AC 1027, 1073), the court may take into account the manner in which the tort was committed in assessing damages. If it was such as to injure the plaintiff's proper feelings of dignity and pride then aggravated damages may be awarded, as in Jolliffe v Willmet & Co. [1971] 1 All ER 478 for an 'insolent and high-handed trespass' by a private investigator. Commission of the tort in a malicious, insulting or oppressive manner may aggravate the plaintiff's injury (Broome v Cassell & Co. Ltd [1972] AC1027, 1085 per Lord Reid; for other matters that may support a claim for aggravated damages in a libel action, in particular, see Sutcliffe v Pressdram Ltd [1990] 1 All ER 269, 288 per Nourse LJ). It is also possible that persistent denial of liability in defence of a civil action, notwithstanding critical comments by the judge of the defendant's evidence in criminal proceedings, could aggravate the plaintiff's damage (Marks v Chief Constable of Greater Manchester Police, The times, 28 January 1992). Aggravated damages are solely compensatory, but they are higher than would normally be the case to reflect the greater injury to the plaintiff.*³⁰¹

Sendo assim, os meios utilizados pelo réu para causar a lesão podem ser levados em consideração a fim de estabelecer o montante da indenização, ainda que o objetivo dos *aggravated damages* seja meramente compensatório,³⁰² portanto não devem exceder os limites da justa compensação dos danos sofridos.³⁰³

Visando facilitar o trabalho da Corte de Apelação e garantir maior transparência acerca da indenização, estipulou-se em *Thompson v Motropolitan Police Comr, Hsu v*

³⁰⁰ LAW COMMISSION. Report nº 247. *Op. cit.* Trataremos as demais formas de indenização por danos extrapatrimoniais no ponto seguinte.

³⁰¹ JONES. *Op. cit.* p. 515

³⁰² Importante ressaltar que esta consideração aborda os meios empregados pelo agente para causar a lesão, ou seja, a maneira pela qual o dano é perpetrado. Na medida em que se trata de uma situação “*at large*”, entende-se que a forma como o prejuízo é causado também é fator que determina a sua extensão. Por outro lado, não se encontra menção em qualquer das obras consultadas para a elaboração deste trabalho quanto à utilização do critério “meios do réu” para quantificar a lesão de caráter compensatório. Isto significa que a capacidade financeira do agente é irrelevante para que se determine o valor do dano em situações que provocam dano extrapatrimonial, pois o que se objetiva é a compensação da vítima, não a punição do agente.

³⁰³ *Thompson v Motropolitan Police Comr, Hsu v Metropolitan Police Comr* [1998] QB 498, [1997] 2 All ER 762.

Metropolitan Police Comr que, caso *aggravated damages* sejam fixados, estes devem ser separados dos danos compensatórios “normais”.³⁰⁴

A *Law Reform Comission* da Irlanda, no relatório acerca de *Aggravated, Exemplary e Restitutionary Damages*, publicado em Maio de 2000, apresenta recomendações pertinentes acerca do tema:

The Commission recommends that the category of aggravated damages should be retained in Irish law, and that the reference to the conduct of the defendant should also be retained, but that aggravated damages should be defined so as to ensure and emphasise their compensatory nature. It is recommended that aggravated damages should be defined as follows:

Aggravated damages are damages to compensate a plaintiff for added hurt, distress or insult caused by the manner in which the defendant committed the wrong giving rise to the plaintiff's claim, or by the defendant's conduct subsequent to the wrong, including the conduct of legal proceedings.

In implementing a policy of moderation, we believe aggravated damages will only be appropriate where there has been reprehensible, high-handed behaviour on the part of the defendant and such damages should only be awarded in exceptional cases. Both because of this and because the definition given above marks a divergence from at least some of the existing case law, we recommend the incorporation of this definition in legislation.

*The Commission recommends that aggravated damages should not be confined to particular tortious causes of action, but should be available for all torts and for breach of constitutional rights. We take it that this is probably the present state of the law, the development of which should be left to the courts, and accordingly, we do not recommend legislation for this purpose.*³⁰⁵

Por fim, conclui o relatório nº 247 ao indicar que a indenização agravada compensa a vítima de uma injusta aflição de dano mental ou lesão aos sentimentos (*mental distress or injury to feelings*) **em circunstâncias em que o dano foi causado ou aumentado pela maneira a qual o réu cometeu o delito, ou por sua conduta subsequente ao delito.** Também, recomenda-se que a lei clarifique, de uma vez por todas, que a indenização agravada cumpre a função de compensar o requerente e não punir o agressor; ainda, sugere a

³⁰⁴ MULLIS, OLIPLHANT. *Op. cit.* p. 370. Nesse sentido, o Relatório nº 247 apresentado pela *Law Comission* aponta que alguns problemas na aplicação deste instituto também decorrem da utilização do tribunal do júri para promover a quantificação da indenização agravada, especialmente quanto à falta de orientações adequadas a este fim de orientar seu julgamento.

³⁰⁵ Law Reform Comission. **Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages.** Dublin. ISSN 1393 – 3132. p. 85.

Disponível em: <http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rAggravatedDamages.htm> Acesso em: 12.04.2016.

alteração do nome para “*damages for mental distress*” (indenização por sofrimento mental) ao invés do confuso termo “*aggravated damages*” (indenização agravada).³⁰⁶

³⁰⁶ LAW COMMISSION. Report nº 247. *Op. cit.* p.03-183. “Our conclusion is that aggravated damages compensate the victim of a wrong for mental distress (or ‘injury to feelings’) in circumstances in which that injury has been caused or increased by the manner in which the defendant committed the wrong, or by the defendant’s conduct subsequent to the wrong. There is no justification for the law recognising a punitive civil remedy that is both additional to exemplary damages, and unconstrained by the severe constraints which the law imposes on the availability of the later. We recommend that statute should clarify that aggravated damages are concerned to compensate and not to punish the wrongdoer, and further that, wherever possible, the label ‘damages for mental distress’ should be used instead of the misleading phrase ‘aggravated damages’. Once it is appreciated that aggravated damages are concerned with circumstances in which the victim of a civil wrong may obtain compensation for mental distress which he or she has suffered, a more coherent perception, and so development of, the law on damages for mental distress should be possible.”

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS NO SISTEMA DE COMMON LAW

3.1. CONCEITO DE DANO MORAL NO SISTEMA DE COMMON LAW

No capítulo anterior, discutiu-se *damages*, com ênfase em *exemplary* e *aggravated damages*, as chamadas indenizações excepcionais. Foi possível observar a racionalidade aplicada quando da utilização de critérios punitivos e compensatórios, naqueles contextos específicos, para a quantificação de lesões em situações “*at large*”, ou seja, não limitadas às perdas pecuniárias que podem ser especificamente provadas, vez que não apresentam equivalência financeira prontamente identificável.

Através da análise realizada, pode-se inferir que o objetivo principal de qualquer indenização, mesmo ao se tratar do sistema de *Common Law*, especificamente da seara de *Tort Law*, é restituir o *status quo ante* da vítima, tornar *in dene*, dar compensação total pelo dano, prejuízo ou perda que a conduta do réu tenha lhe ocasionado.³⁰⁷ Esta é a expressão máxima do *Indemnity Principle*.

Entretanto, é objetivo deste trabalho analisar não apenas aquelas categorias excepcionais já mencionadas mas definir um conceito e critérios gerais de arbitramento daqueles danos de caráter extrapatrimonial que, espalhados pelo sistema de Responsabilidade Civil Britânica entre diversos *torts* diferentes, não estão contemplados nestes regimes excepcionais. Reduzir o conceito de dano moral às situações abarcadas unicamente pelos *damages* anteriormente trabalhados seria incorrer em sinédoque, melhor dizendo, é definir o todo pela parte.

Quando se analisou no primeiro capítulo, a título exemplificativo, os elementos essenciais do *tort of negligence* – o qual, diga-se de passagem, vem se tornando verdadeira cláusula geral de responsabilidade civil naquele sistema³⁰⁸ – teve-se a oportunidade de destacar que o conceito de “dano moral” como categoria específica não é encontrado no *tort law*, que trata esparsamente de figuras assimiláveis àquele.

³⁰⁷ MULLIS e OLIPHANT. *Op. cit.* p. 358.

³⁰⁸ BAR, Christian von; DROBNIG, Ulrich. **The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe**. A comparative study. Munique: Sellier European Law Publisher, 2004. p. 130. “*The generic tort of negligence has been compared to a general clause covering all forms of negligent behaviour. This is generally true within the realm of protection from physical harm (bodily injure or damage to property). However, according to a leading authority, Murthy v. Brenthood DC, negligence is not primarily applicable to the compensation of purê economic loss.*”

Do mesmo modo, afirmou-se de maneira introdutória que no *Common Law* coexiste uma variada gama de situações amoldáveis ao termo dano moral, sendo que diferentes requisitos e restrições à concessão de indenizações por lesões extrapatrimoniais são colocados a depender do *tort* em comento.

Certo é que os danos indenizáveis são tanto materiais, como prejuízos físicos a uma pessoa ou à propriedade, quanto “morais”, sejam emocionais ou psiquiátricos.

A doutrina que trabalha direito privado comparado há muito tempo dá atenção a este tema. De acordo com Parish, Nelson e Rosenberg, a expressão *moral damages* é, como se pode imaginar, criação das jurisdições civis e não é um instrumento facilmente amoldável aos demais sistemas legais.³⁰⁹ Segundo os autores, sua analogia mais próxima é *general damages* em casos de *personal injury*. O conceito é entendido como aplicável no contexto de *torts* que causam lesões a uma pessoa ou a direito intangível desta ou ainda, de outra maneira, de difícil quantificação. Prosseguem os autores ao analisar jurisdições civis, como a francesa, esclarecendo que diversos países admitem compensação por danos morais, explícita ou implicitamente, nos casos de *wrongful death*.³¹⁰ Por exemplo, na França, grande inspiração dos códigos latino-americanos, o conceito de *prèjudice moral* permite compensação financeira por *pain and suffering* ou *wrongful death*, perturbação permanente ou temporária na vida cotidiana, sofrimento emocional decorrente de dano estético e dano à honra.

Vale mencionar, no Brasil, grosso modo, distinguem-se duas espécies de dano, moral e material, de natureza diferente. Por sua vez, no *Common Law*, conceitos similares podem ser identificados como *pecuniary* e, o que a Organização Europeia de Responsabilidade Civil³¹¹ consignou chamar, *non-pecuniary damages*³¹².

De maneira breve, podemos dizer que o primeiro refere-se à perda de vencimentos e diminuição da capacidade laborativa, também às despesas da vítima, tanto passadas quanto

³⁰⁹ PARISH, Matthew T. NEWLSON, Annalise K. ROSENBERG, Charles B. **Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration**, 29 Berkeley J. Int'l Law. 225 (2011). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/7>>, Acesso em: 09.11.2015.

³¹⁰ MALAWER, Stuart S., em **Moral Damages in Wroful Death Cases in Foreign Law: A Research Note** (1976), *Apud* PARISH, NEWLSON e ROSENBERG, explica em profunda pesquisa, infelizmente em edição já esgotada, que os códigos civis da França, Bélgica, Brasil, Itália e Espanha foram construídos de forma a permitir indenização por danos morais em casos de *wrongful death* através de um sistema de cláusulas abertas, enquanto os códigos da Argentina, Chile, Egito, Etiópia, Grécia, Japão, Coreia, Líbia, Noruega, Filipinas, Portugal, Suíça, Turquia e Escócia possuem cláusula expressa que permite a mesma espécie de indenização.

³¹¹ *European Group on Tort Law*, também conhecido como *Tilburg Group*, é um grupo de estudiosos de toda a Europa na área de *Tort Law* fundado em 1992.

³¹² SUGARMAN Stephen D. **Tort Damages for Non-economic Losses (in cases of physical injury to the person)**. Capítulo do livro: BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony J. (Org.) **Comparative Tort Law: Global Perspectives**. Edward Elgar Publishing, 2015. Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/files/journals/Sugarman_Non_economic_loss_ReformattedFinal.pdf>.

futuras, enquanto o segundo mantém relação com a dor e sofrimento experimentados pela vítima e outras situações similares.³¹³

Diferentes sistemas legais usam vasta gama terminológica para esses danos extrapatrimoniais, como *pain and suffering*, *loss of amenities of life*, *loss of enjoyment of life*, *disfigurement or dismemberment*, *moral injury* e *loss of dignity*.³¹⁴ Conforme explica Sugarman, embora a nomenclatura seja variada, a ideia central por trás do termo *non-pecuniary harm* é de que, independentemente dessas lesões produzirem dano material, prejuízo financeiro, elas por si só constituem um prejuízo para a vítima, que merece ser compensada; e, genericamente falando, indenizações por esse tipo de dano são bastante difundidas ao redor do mundo.³¹⁵

Estes tipos de prejuízos não econômicos podem por vezes estar diretamente ligados aos danos pecuniários como diminuição de vencimentos, aumento de despesas médicas e assim por diante, tanto entre a perpetração do ato ilícito e o protocolo da inicial quanto no período posterior ao feito. Contudo, compensação sob o título *economic loss* serve para distinguir esses prejuízos materiais previsíveis e quantificáveis daqueles que são compensados sob o termo *non-pecuniary loss*.³¹⁶

Em suma, aponta-se o conceito de *non-pecuniary damages* como aquele mais próximo à “indenização por dano moral” como utilizada em nosso País, ou seja, indenização que não pode ser aritmeticamente calculada, pois compensa a vítima por uma lesão intangível decorrente de dor ou sofrimento mental ou psicológico, bem como de qualquer perda de prazeres ou expectativas da vida.³¹⁷ Entretanto, é preciso manter em mente que, *tort law* é responsabilidade civil extracontratual, ou seja, diferentemente do sistema brasileiro, poucas são as situações de *breach of contract* que darão azo à indenização por danos de cunho moral no *Common Law*, sendo que os casos mais frequentes de aplicação de *damages* por *non-pecuniary loss* acontecem em *personal injury*, dano físico que também proporciona abalo psíquico à vítima.

3.1.1 Dano Moral enquanto dano indenizável

³¹³ FLEMING. *Op. cit.* p. 267.

³¹⁴ SUGARMAN, Stephen D. **Tort Reform through Damages Law Reform: An American Perspective**, 27 Sydney L. Rev. 507 (2005). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/637>> Acesso em: 17.04.2016. p. 512. “The second most important issue in the law of damages for personal injury is its role in the compensation for what we in the US call pain and suffering, or general damages., or non-economic loss.”

³¹⁵ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 201.

³¹⁶ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 202.

³¹⁷ Duhaime’s Law Dictionary. “Non-pecuniary Damages: Damages which are not readily quantified or valued in money, such as proposed compensation for pain and suffering. *McIntyre v. Docherty*, 2009 ONCA 448 *Stapley v. Hejslet*, 2006 BCCA 34” Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/N/Non-pecuniaryDamages.aspx>> Acesso em: 17.09.2015.

Alguns questionamentos ainda são colocados, ao se abordar *non-pecuniary harm*, quanto à necessidade, de fato, de se estabelecer indenizações a este título.

Os sistemas legais contemporâneos desenvolveram-se ao ponto de estipular uma política judiciária *a priori* contraditória. Em ordenamentos onde lesões de cunho extrapatrimonial são consideradas danos indenizáveis, tal indenização acontecerá através da fixação de quantia monetária.³¹⁸

Ainda que seja possível imaginar outras formas de remédios legais, a maior parte dos sistemas legais não as garante, e há argumentos perfeitamente razoáveis para explicar este fato.³¹⁹ Considerem-se estas duas propostas: a imposição ao ofensor do dever de propor desculpas sinceras à vítima; e o castigo corporal em grau equivalente ao dano físico provocado. A primeira provavelmente seria considerada insuficiente pela maioria das vítimas em um variado número de circunstâncias, vez que o fundamento de um pedido de desculpas encontra-se no arrependimento e na voluntariedade, não apenas nas palavras exaradas, especialmente sob coerção judicial. Do mesmo modo, a imposição de castigo físico ao ofensor há muito tempo já não é tolerada pelas sociedades ocidentais.³²⁰

É possível observar uma correlação entre pecúnia e lesões extrapatrimoniais em maior escala do que se pode perceber a primeiro momento. Dor e sofrimento, privação de prazeres da vida, diminuição da expectativa de vida, desmembramento, dano estético são prejuízos evidentes. São lesões que praticamente todos prefeririam evitar. Se oferecidas a possibilidade, a maior parte das pessoas optaria por pagar dinheiro para evitar sofrer tais danos. Um exemplo extremo é o da extorsão mediante sequestro, no qual as vítimas e seus parentes estão dispostos a entregar todo o seu patrimônio material a fim conseguir a liberdade do sequestrado.³²¹

³¹⁸ LAW COMMISSION. Report n° 257. Damages for Personal Injury: Non-Pecuniary Loss. 1998. Disponível em: <http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/lc257_Damages_Personal_Injury_Non-pecuniary_Loss.pdf> Acesso em: 14.04.2016. p. 02. “*The extent of the current debate on the adequacy of damages for non-pecuniary loss in personal injury cases was commented on by Henry LJ, in his Foreword to the latest edition of the Judicial Studies Board Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases. He said: There is currently a lively debate initiated by the Law Commission as to what the level of ...[general damages for pain, suffering and loss of the amenities of life] ought to be.*”

³¹⁹ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. **Indenização por dano moral: Evolução da Jurisprudência.** Exposição feita em 30.3.95, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região – “Fórum de Debates”, patrocinado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, São Paulo – SP. “Lembro ainda que a sentença condenatória poderá impor ao responsável pelo dano moral uma obrigação de fazer, diversa da pecuniária, mas para tanto o Juiz estará adstrito ao pedido formulado pelo autor. É que, no mais das vezes, o postulante em Juízo opta pelo recebimento da indenização em pecúnia tão-somente.”

³²⁰ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 202.

³²¹ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 203.

Quando uma pessoa é involuntariamente submetida a algum destes prejuízos, é completamente compreensível que se sinta lesada. Em uma sociedade onde dinheiro pode ser utilizado para adquirir prazeres ou alívio para dor e, onde ter dinheiro tipicamente está associado com poder e *status*, é compreensível que as próprias vítimas desejem receber dinheiro como forma de compensação por seus danos. Vítimas sofreram uma perda comparada com o que tinham antes da lesão, e dinheiro pode ser o meio mais prático de ressarcir-las, sendo assim, indenização por danos morais são geralmente compreendidas como compensatórias, do mesmo modo que forçar um agente que causou dano pague as despesas médicas da vítima é compensatório.³²²

Outro objetivo adicional por trás do reconhecimento do dano moral enquanto dano indenizável é desencorajar a vingança privada. A perspectiva de dinheiro pode ser enxergada como intencionalmente colocada para comprar o desejo da vítima de retaliar o agressor.

Nesse sentido, Martins-Costa e Pargendler afirmam que a principal causa, no Brasil, para verificarmos proteção à esfera moral e constataremos sua indenizabilidade funda-se na noção implícita de pena privada e no ódio ao culpado, vez que, para legitimar a concessão de uma soma em dinheiro à pessoa que teve sua esfera extrapatrimonial atingida, passou-se a defender que a indenização por dano moral seria não só legítima, mas também necessária, pois, do contrário, o ofensor ficaria impune.³²³

Ainda, enquanto uma indenização por dano extrapatrimonial não é geralmente entendida, nem mesmo teorizada pelos juízes de *common law* como “punitiva”, de outro modo, algumas vítimas podem internalizar esta soma financeira como apropriada punição de seus adversários judiciais, pelo fato da compensação estender-se além dos prejuízos financeiros que tiveram ou virão a ter. A esta colocação, Sugarman acrescenta que, em sistemas onde operações securitárias são permitidas e regularmente utilizadas como forma de compensação de terceiros, pode existir uma sensação ilusória de punição através de

³²² SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 204.

³²³ MARTINS-COSTA; PARGENDLER. *Op. cit.* p. 17-23. “A pena privada podia, pois, definir-se como a sanção a um ato privado, derivada de uma ação intentada por um privado (*actio poenalis*), resultando numa aflição ao réu derivada de uma diminuição patrimonial imposta com caráter punitivo, não ressarcitório.” HAYEK, Friedrich. *Studies in Philosophy, Politics and Economics*. 1967. *Notes on The Evolution of Systems of Rules of Conduct*. De outro modo, adotando-se uma perspectiva construtivista, pode-se dizer que o “ódio ao culpado” é evidência do reconhecimento pela sociedade do direito à proteção de sua esfera moral, posteriormente positivado pela prática reiterada dos tribunais e legislação. Tanto significa dizer que o termo mais adequado não seria ódio ao culpado mas “ódio à injustiça”, ou seja, a desaprovação social da não reparação do prejuízo mais do que a perpetuação deste em primeiro lugar.

indenizações por danos não econômicos que, entretanto, recaem sobre a seguradora e, indiretamente, nos demais segurados.³²⁴

Em consulta pública realizada pela *Law Comission*, atingiu-se a conclusão de que indenização por *non-pecuniary loss*, em especial nos casos de *personal injury*, integram o sistema jurídico britânico e devem ser mantidos em eventual reforma legislativa. Tal indenização é eficiente, vez que reconhece as consequências físicas e financeiras do dano. Aboli-la poderia gerar discriminações indevidas, por exemplo, nos casos em que desempregados figurem como vítimas de *personal injury*, pois estes não sofrem quaisquer, ou substancial, perda pecuniária como resultado do ato ilícito, apesar de, evidentemente, sofrerem prejuízo extrapatrimonial (violação da integridade física e distúrbios emocionais daí decorrentes).³²⁵

3.1.2 Distinguindo *Punitive Damages*

Já se debateu o conceito de *punitive damages* de maneira mais exaustiva em momento anterior, com foco especial na doutrina britânica, berço do instituto. Ainda assim, não é descabido tecer mais algumas considerações acerca do tema.

Indenizações compensatórias por *non-pecuniary losses* precisam ser separadas de indenizações que são especificamente arbitradas com o propósito de punir o agressor. Na maioria dos sistemas legais, quando uma vítima sofre dano decorrente de conduta culposa – seja este fruto de negligência, imprudência ou imperícia – todo o ressarcimento é entendido como compensatório e, de maneira alguma, ao menos formalmente, punição do agente é um fator considerado na argumentação e quantificação do resultado.³²⁶

Especialmente nos EUA, onde o sistema de indenizações excepcionais evoluiu para abarcar outras hipóteses de aplicação além daquelas estabelecidas na Inglaterra, em *Rooges v Barnard*, o resultado pode ser diferente daquele anteriormente descrito, quando a conduta lesiva aflige a vítima de maneira dolosa, intencional. Nestes casos, onde o agente causador do dano, através de sua conduta desprezível, age com desrespeito e sem consideração aos interesses daqueles ameaçados, alguns sistemas legais permitem a aplicação de um valor adicional, uma “indenização exemplar”.

³²⁴ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 205.

³²⁵ LAW COMMISSION. Report nº 257. *Op. cit.* p. 05.

³²⁶ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 209.

Esta indenização – que nada mais objetiva além de fazer do agente que deu causa àquela conduta tão abominável um exemplo para os demais membros da coletividade – também está amparada sobre o “guarda-chuva legal” dos *non-pecuniary damages*, visto que sua quantificação não decorre de fatores estritamente objetivos, facilmente identificáveis, mas de situação extrapatrimonial que, por força do processo histórico formativo do modelo legal adotado, admite em certos casos excepcionais, abandonar, em parte, o *indemnity principle*³²⁷ e fixar quantia que excede o valor do dano propriamente dito a fim de se estabelecer percentual que, nos termos de Martins-Costa e Pargendler, é uma verdadeira pena privada.

Numa comparação grosseira, igualar *punitive damages* ao mesmo patamar de *non-pecuniary damages*, seria como equiparar lucros cessantes ao conceito de dano material. Melhor dizendo, é claro que o dano patrimonial abarca o conceito de lucros cessantes, mas de forma alguma se exaure neste ou influencia a quantificação de todas as demais espécies de dano material. Da mesma maneira, a violação de direito de personalidade, como a imagem, dará fundamento a um pleito de dano moral, entretanto esta não é a única espécie incluída neste gênero.

Sobre isso, Sugarman afirma: “É claro, a vítima que pode e efetivamente é ressarcida através de uma indenização punitiva recebe o mesmo tipo de moeda corrente que outra vítima recebe por, digamos, dor e sofrimento. Ainda assim, as razões subjacentes à disposição de um sistema legal para fazer estes dois tipos de prêmios são bastante diferentes.”³²⁸

A grande diferença entre *exemplary damages* e os *compensatory damages* em casos de *non-pecuniary harm* é que a primeira volta seu foco para o agente do dano e objetiva puni-lo, enquanto o segundo visa ressarcir as perdas da vítima.

Ao admitir *punitive damages*, o *tort law* acaba por se aproximar de algum modo às funções da lei penal. O raciocínio por trás dos *punitive damages* é que a vítima que apresenta o feito ao Poder Judiciário está agindo, em parte, como um Promotor de Justiça, atuando em nome da comunidade ao buscar a punição do agente que decidiu deliberadamente violar uma importante norma social. Nessa perspectiva, a quantia fixada na forma de indenização exemplar em alguns sistemas é, ao menos em parte, repassada ao governo ou a

³²⁷ *Livingstone v Rawyards Coal Co. Op. cit.* “That sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation.”

³²⁸ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 209. Tradução livre. No original: “Of course, a victim who is entitled to and actually recovers punitive damages receives the same sort of currency that a victim receives for, say, pain and suffering. Yet, the reasons underlying a legal system’s willingness to make these two types of awards are quite different.”

um fundo público³²⁹, mas encaminhando outra parcela para a vítima e seu advogado em razão suficiente para fazer com que o esforço de trazer o caso ao juízo e buscar a punição do agente em primeiro lugar seja financeiramente recompensada.

O medo da punição, na forma de uma indenização exemplar, pode operar como um forte meio de intimidação (*deterrent effect*), desencorajando de forma mais eficiente pessoas que considerem violar direitos alheios de forma intencional do que a mera ameaça de configuração do dever de indenizar.

A “sede de vingança” pode também ser maior quando o dano sofrido pela vítima não ocorre de forma meramente culposa mas intencionalmente infligida pelo agente. A urgência em oferecer dinheiro como forma de desencorajar a retaliação pode ser ainda mais importante nessas circunstâncias, considerando que o desejo por vingar-se pode ser especialmente aumentado quando outrem deliberadamente viola bens jurídicos como a integridade física.³³⁰

Ainda assim, via de regra, jurisdições civis adotam uma clara distinção entre direito privado e direito penal, reservando a punição ao âmbito exclusivo deste último. Nestes sistemas, onde não se admite a concessão de *exemplary damages* – leia-se valores que extrapolam o mero ressarcimento do prejuízo sofrido – para demandantes particulares, o efeito dissuasivo é exercido através da ameaça de prossecução criminal daqueles que tentarem se vingar através de violência.

Tomando o Brasil como exemplo, evidências desta separação percorrem o Código Civil que, ao tratar do direito das obrigações, dispõe que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor. Do mesmo modo, vale lembrar, o artigo 944 estatui como regra geral que o valor da indenização deve medir-se pela extensão do dano e nada mais.³³¹

O referido dispositivo legal, em seu parágrafo único, também prevê regra de caráter excepcional, ao limitar equitativamente o valor a ser pago pelo agente, em casos de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Ou seja, o grau de culpa pode ser utilizado apenas para diminuir o montante devido à vítima, caracterizando uma adequação

³²⁹ Tanto acontece em alguns estados americanos. A fixação de “caps”, limites ao valor da indenização exemplar, também é comum.

³³⁰ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 210.

³³¹ Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

entre a baixa reprovação moral da conduta frente à substancialidade do dano provocado. Ainda, é possível observar a existência de sanção penal pecuniária na legislação, o que suporta o entendimento de que os elementos relativos à penalização do agente ficam restritos a este âmbito, no qual o acusado possui garantias legais específicas e melhores condições de defesa.

De todo modo, no *common law* britânico, como mencionado no capítulo anterior, ainda que uma conduta enquadre-se numa das situações delimitadas pelo precedente de *Rookes*, a Corte mantém sua discricionariedade para fixar ou não *punitive damages*, tendo em vista seu caráter excepcional e anômalo. Vale ressaltar que nem sempre a aplicação de *punitive damages* é necessária para punir o autor do dano, tendo-se em vista que, por vezes, os valores fixados com objetivo repositório e administrativo já dão conta de provocar o efeito repressivo que a indenização extraordinária visaria.³³²

3.1.3 Distinguindo *Aggravated Damages*

Essencialmente, *aggravated damages* integra o grupo das indenizações descritas como extraordinárias, porém, diferente de *exemplary damages*, está inserida no rol de indenizações compensatórias. Decorre da maneira pela qual um *tort* é cometido, fazendo com que a vítima sofra dano de maior gravidade, seja este em função de humilhação, angústia psíquica, dor ou sofrimento.³³³

Quando a Corte fornece esta indenização, usualmente leva em consideração a maneira pela qual a vítima foi lesada, questionando, por exemplo, se a conduta do réu foi imoral e intencional e, consequentemente, se o réu teve sua honra violada. Nestas circunstâncias, a Corte pode fixar valor indenizatório superior ao que daria caso o *tort* fosse cometido sem estes elementos extras.³³⁴

³³² *Rookes v Barnard*. *Op. cit.*

³³³ “*Damages to provide compensation for mental distress or injury to feelings caused by the manner or motive with which a wrong was committed or by the defendant’s conduct subsequent to the wrong.*” Disponível em: <<http://uk.practicallaw.com/7-107-6378#>> Acesso em: 26.04.2016.

³³⁴ “*In discrimination claims, you can claim compensation for injury to your feelings as well as for financial losses. If your employer has behaved in a particularly high-handed, malicious or insulting way, when they discriminated against you or in the way they have behaved since they discriminated against you, the tribunal can increase your compensation for injury to feelings to take account of these aggravated damages.*

It’s rare for aggravated damages to be awarded. For a tribunal to award compensation for aggravated damages, you’ll have to show that: your employer was exceptionally contemptuous or had a malicious motive when they discriminated against you; and you suffered an increased injury to feelings as a result of their conduct. You may be awarded aggravated damages if your employer has behaved in an exceptionally upsetting way towards you. This could be, for example, by treating you in a manner which is unnecessarily offensive, spiteful, vindictive, or in a way which is intended to hurt you.

Em *Appleton v Garrett* [1996] *PIQR* 1 a conduta do réu, dentista, foi descrita como insolente (*contumelious*), pois este infligiu deliberadamente dor e sofrimento a seus pacientes auferindo vantagens ilícitas em virtude de sua pouca idade. O réu realizou tratamentos desnecessários nos dentes do autor da demanda e de outros pacientes a fim de cobrar pelos serviços e esquivou-se de fornecer esta informação quando questionado pelos mesmos. Ao elaborar a decisão, a Corte foi claramente influenciada pelo fato do réu ter cometido esta ilicitude em larga escala e por ter abusado de uma posição de confiança.³³⁵

A *Law Comission* no Relatório nº 247 sugeriu que esta indenização seja fixada por *mental distress* e *injury to feelings* mas não deve ser utilizada como forma de punir o agente e também não deve restringir as demais hipóteses de aplicação de indenização por *mental distress*.

Sobre isso, é importante pontuar, coexistem no *Tort Law* duas figuras que, aparentemente visam compensar o mesmo prejuízo. Além das hipóteses de cabimento de *aggravated damages*, é possível indenizar *mental distress*, *pain and suffering*, *injury to feelings* sob o título de *compensatory damages*, normalmente recaindo sob a forma de *general damages*. Este fato leva parte da doutrina a argumentar pelo caráter “punitivo” ou ao menos “híbrido” da indenização agravada. Em *Deane v Ealing LBC* [1993] *ICR* 329, 335C, entendeu-se que *aggravated damages* não é mera duplicação de *compensatory damages* por *mental distress*.³³⁶

Algumas cortes, quando confrontadas com pedidos de indenização (*latu sensu*) por *mental distress* e *aggravated damages*, trataram a ambos como compensatórios e os fixaram sem que um deles fosse enxergado como punitivo. Por exemplo, em *Thompson v MPC*³³⁷, reconhecendo que *aggravated damages* tem objetivo compensatório, ainda que apresente algum efeito punitivo incidental, a *Court of Appeal* sustentou que tal indenização pode ser fixada “quando houver circunstâncias agravantes no caso que resultariam ao réu não receber compensação suficiente pelo dano sofrido se o valor se restringisse a uma fixação básica.” Ainda, que “o valor desta fixação compensatória básica mais a indenização agravada

Aggravated damages may also be awarded when your employer made the situation much worse by showing that they didn't take your claim of discrimination seriously. They could do this, for example, by promoting the person who was harassing you rather than properly investigating your claim. Or by speaking in a particularly high-handed and dismissive manner at the tribunal hearing. Disponível em: <<https://www.citizensadvice.org.uk/work/problems-at-work/employment-tribunals-from-29-july-2013/employment-tribunals-valuing-a-claim/compensation-for-discrimination/employment-tribunals-discrimination-calculating-compensation-for-aggravated-damages/>> Acesso em: 26.04.2016.

³³⁵ KHAN, Malcolm; ROBSON, Michelle; SWIFT, Kristina. **Clinical Negligence**. Cavendish Publishing Limited. London, 2ª Ed. 2002. p. 291. Do mesmo modo em *Law Comission Report* nº 247. *Op. cit.* p. 20.

³³⁶ LAW COMMISSION. *Report* nº 247. *Op. cit.* p. 19.

³³⁷ *Thompson v Metropolitan Police Comr.* *Op. cit.*

não devem exceder o que o júri considere ser justa compensação pelo dano que a vítima sofreu.”

Tanto também foi o caso no supracitado precedente *Appleton v Garrett*, no qual se fixou ambos *aggravated damages* e *damages for mental distress*, sendo que o primeiro referiu-se a prejuízos não cobertos pelo segundo. Ao autor fixou-se indenização por *pain*, *suffering* e *loss of amenity* causadas pelo tratamento dental não consensual, como também uma indenização agravada pelo *distress* (raiva, indignação ou “elevado senso de prejuízo ou injustiça”) decorrente da percepção de que o tratamento fora desnecessário, de que tanto era conhecido pelo agente, bem como que este deliberadamente ocultou a informação com propósito de benefício econômico próprio.³³⁸

A confusão quanto ao caráter desta indenização se acentua pelo fato de *aggravated damages* terem sido negados em algumas formas de ato ilícito, nos quais indenizações por *mental distress* podem ser reconhecidas.

O que se pode afirmar, dada às evidências, é que *aggravated damages* constituem uma subgrupo de *damages for mental distress/non-pecuniary damages*: referem-se àquela parte do montante que é fixado como compensação pelo *mental distress*, a qual visa compensar a vítima por qualquer sofrimento maior (*increased distress*) que esta tenha percebido em decorrência da natureza da conduta do agente. É interessante perceber que as categorias de atos ilícitos pelos quais se pode receber indenização por *mental distress* e não *aggravated damages*, são aquelas em que princípios compensatórios são considerados soberanos e considerações punitivas inapropriadas.³³⁹

Em *Kralj v McGrath and St. Theresa's Hospital [1986] 1 All ER 54* a Corte fixou o entendimento de que *aggravated damages* não são aplicáveis em casos de *breach of contract* e *negligence*. Durante o parto de um dos dois filhos gêmeos da Sra. Kralj, descobriu-se que o segundo dos gêmeos encontrava-se em posição transversal, inapropriada para o parto “normal”. O obstetra responsável, Sr. McGrath, decidiu corrigir a posição através de manipulação manual interna a fim de rotacionar a criança. Nos pareceres técnicos, o procedimento foi descrito como horroroso, completamente inaceitável, em especial porque

³³⁸ LAW COMMISSION. Report nº 247. *Op. cit.* p. 20. “But notwithstanding such ‘enlightened’ authorities, we are far from confident that, in other cases in which damages for mental distress and aggravated damages have been awarded by a court, aggravated damages have not been treated as punitive, rather than as an essentially compensatory sum addressing losses not covered by the award of damages for mental distress.” [...] “*Prison Service v Johnson [1997] ICR 275* in which the Employment Appeal Tribunal made an award of damages for injury to feelings as a result of race discrimination, as well as an award of aggravated damages for the additional injury suffered as a result of, in particular, the employer’s failure properly to investigate the complaint.”

³³⁹ LAW COMMISSION. Report nº 247. *Op. cit.* p. 20.

não envolveu a aplicação de qualquer anestésico a Sra. Kralj, provocando dor excruciante e o falecimento da criança, em decorrência das severas lesões sofridas. A Sra. Kralj apresentou ação por responsabilidade civil e contratual contra o hospital e o Sr. McGrath pugnando indenização em decorrência da conduta negligente. O único ponto sob debate foi o valor da indenização.

Vale ressaltar o entendimento apresentado por Woof J neste caso:

*It is my view that it would be wholly inappropriate to introduce into claims of this sort, for breach of contract and negligence, the concept of aggravated damages. [...] Such a result seems to me to be wholly inconsistent with the general approach to damages in this area, which is to compensate the plaintiff for the loss that she has actually suffered, so far as it is possible to do so, by the award of monetary compensation and not to treat those damages as being a matter which reflects the degree of negligence or breach of duty of the defendant What I am saying is no more than that what the court has to do is to judge the effect on the particular plaintiff of what happened to her ...*³⁴⁰

Este entendimento foi posteriormente acatado pela Corte de Apelação em *AB v South West Water Services*. Neste caso, a Corte rejeitou pedido de *aggravated damages* baseado na indignação do autor pela conduta sofrida e subsequente *public nuisance* praticada pelo réu. Fixou-se que qualquer maior ou prolongado *pain and suffering* e “*real anxiety or distress*”, que resultassem da conduta subsequente do agente devem ser compensados através de *general damages for pain and suffering*. Na opinião exarada pela *Court of Appeal*, sentimentos de raiva e indignação não estão sujeitos à compensação e não podem dar azo a *aggravated damages*, já que não são nem dano direto causado pela conduta tortuosa nem dano que a lei alguma vez já tenha reconhecido nesta categoria.

Por outro lado, *aggravated damages* está disponível em causas de pedir onde raiva e indignação são reconhecidas como danos indenizáveis, como *defamation*, *false imprisonment*, *malicious prosecution*, *assault*, *battery* e *discrimination*. Naquele mesmo caso, a fixou-se que a indignação decorrente da conduta do agente poderia servir para aumentar a indenização da vítima em casos de difamação, porque em tais casos lesão aos sentimentos e autoestima da vítima são uma parte importante do dano pelo qual compensação é fixada.

³⁴⁰ LAW COMMISSION. Report nº 247. *Op. cit.* p. 22. Tradução livre: É meu entendimento de que seria altamente inapropriado introduzir indenizações agravadas nestes tipos de ação, por violação de contrato e negligência. [...] Tal conclusão me parece ser amplamente inconsistente com a abordagem tradicional para indenizações nesta área, que é compensar a vítima pela perda que tenha realmente sofrido, tanto quanto seja possível, através de compensação monetária e não tratar esta indenização como uma soma que reflita o grau de negligência ou violação de dever do agente... O que estou dizendo não é mais do que aquilo do que a corte deve fazer, que é julgar o efeito sob a vítima daquilo que lhe aconteceu.

Em comparação as indenizações agravadas, indenizações por *mental distress* são ressarcíveis por *wrongfully inflicted personal injury* sob a classificação de *general damages for pain and suffering*. Do mesmo modo, *damages for mental distress* pode ser fixado em casos de *breach of contract* nas situações elencadas em *Watts v Morrow* e *Perry v Sidney Phillips & Son*.³⁴¹

A *Law Commission* sugere que não há razão para o requisito da conduta excepcional, dolosa, ou seja, a restrição de *aggravated damages* no *tort of negligence* e *breach of contract*, pelo menos nos casos em que *mental distress damages* de algum tipo estão disponíveis e, portanto, que este critério deve ser abandonado. Do mesmo modo, o *Consultation Paper* e análise da *Law Commission* favoreceram a visão de que *aggravated damages* são puramente compensatórios, pois são calculados com base no que é necessário para compensar certos danos sofridos pela vítima e não no que causaria a punição pela conduta do agente.

A posição da Comissão vai ao sentido de esclarecer que *aggravated damages* são parte de *damages for mental distress* e, deste modo, uma evolução mais coerente da lei através do desenvolvimento judicial seria possível. Entretanto, como bem ressalta Walker, as conclusões do *Report n° 247* foram totalmente rejeitadas pelo Governo em novembro de 1999.³⁴²

3.2. CRITÉRIOS PARA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO SISTEMA DE COMMON LAW

3.2.1 Observações iniciais

Como colocado anteriormente, *Tort Law* corresponde à parte do *Common Law* equivalente a responsabilidade civil extracontratual. Algumas consequências, ao se falar em dano moral, advêm do caráter fragmentado desse sistema legal em diversos *torts*. Em regra, será possível observar maior incidência de indenização por *non-pecuniary harm* em casos de *personal injury*, nos quais a lesão extrapatrimonial decorre de um dano físico à determinada

³⁴¹ LAW COMMISSION. Report n° 247. *Op. cit.* p. 24. “But the rule is not absolute. Where the very object of a contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation, damages will be awarded if the fruit of the contract is not provided or if the contrary result is procured instead ... In cases not falling within this exceptional category, damages are in my view recoverable for physical inconvenience and discomfort caused by the breach and mental suffering directly related to that inconvenience and discomfort.”

³⁴² WALKER, Mark Pickersgill. **O modelo jurídico dos punitive damages nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América**. 208 p. Orientador, Rafael Peteffi da Silva - Florianópolis, SC, 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina. p. 78.

pessoa. Por sua vez, a incidência de indenização por *non-corporeal harm*, como corriqueiro nas jurisdições civis, especialmente em casos advindos de violação de dever contratual, é de difícil configuração no *Common Law*.³⁴³

Fato é que vítimas de danos extrapatrimoniais podem receber compensação tanto por *non-economic* quanto por *economic losses*. Considere-se o *tort* relativo à invasão de privacidade, por exemplo. A indenização deste ato ilícito pode incluir elementos relativos tanto à exposição ao público de fatos da vida particular de um indivíduo que a lei acredita que deveriam permanecer privados; quanto pela própria intromissão na vida privada, por exemplo, através de escuta telefônica, *hacking* de computador ou mesmo pela espiadela através do buraco de uma fechadura. Certamente, estes atos podem gerar prejuízos monetários às vítimas na forma de lucros cessantes e outras despesas. Por exemplo, despesas médicas para tratamento psiquiátrico em virtude da invasão de privacidade.

Ainda assim, a função central do *tort of invasion of privacy* é providenciar indenização por *non-economic loss*, que neste caso também é um *non-corporeal loss*, a perda de privacidade em si mesma. Quando a privacidade de alguém é invadida provoca-se embaraço, perda de dignidade, exposição, violação da liberdade e a violação do direito de manter sua intimidade e comportamentos, passados e presentes, para si mesmo. *Privacy torts* provém o remédio legal para estes tipos de danos. Mesmo que algumas vítimas destes comportamentos possam perquirir *punitive damages* e indenização por prejuízos materiais daí decorrentes, a função central de *tort law* nestes casos é compensar pelo *non-pecuniary harm* à reputação ou liberdade.

Na Grã-Bretanha também se provê indenização pela imposição indevida de sofrimento emocional. Por exemplo, um trem desgovernado que quase atropela alguém, o qual milagrosamente escapa e não é acertado. Entretanto, como resultado da experiência quase mortal esta desenvolve uma fobia, sofre choque, fica apavorada, tem pesadelos e superveniente incapacidade de dormir bem ou mesmo medo de sair de casa. Em outro cenário, uma mãe aguarda na esquina pelo seu jovem filho atravessar a faixa de pedestres quando um carro atropela o menor provocando sua morte. Como resultado, a mãe sofre o mesmo sofrimento emocional anteriormente descrito.³⁴⁴ No *Common Law*, ambos os casos são indenizáveis, tanto por *pecuniary* quanto *non-pecuniary loss*.³⁴⁵

³⁴³ DAVID, René. (Org). **International Encyclopedia of Comparative Law**. Brill Archive. Volume I. 1986. p. 128.

³⁴⁴ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Sistema de Justiça, função social do contrato e a indenização do dano reflexo por ricochete. **Empório do Direito**. 22.04.2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/tag/dano-reflexo-ou-por-ricochete/>> Acesso em: 31.05.2016. O autor adverte para a dificuldade existente em se encontrar

Em cada um destes casos, critérios diferentes para a quantificação das indenizações correspondentes serão aplicados.³⁴⁶ É possível, entretanto, observar certa linha geral de raciocínio no que concerne ao método de avaliação do prejuízo e sua consequente compensação. Neste ponto avaliam-se os métodos de quantificação de maneira geral e, posteriormente, alguns *torts* específicos relacionados a lesões de cunho extrapatrimonial.

3.2.2 Métodos de Quantificação e Aspectos Relevantes

No *Report n° 257* produzido pela *Law Commission*, analisou-se o direito relativo aos casos de *non-pecuniary loss*, especialmente em *damages for personal injury*. Neste, recomendou-se que o direito britânico não deve afastar-se do método chamado *diminution of value* para adotar o *functional approach*, presente no direito canadense, também jurisdição de *Common Law*, a fim de definir o valor de indenizações por lesões extrapatrimoniais.³⁴⁷

O primeiro pode ser melhor compreendido como o Método da Diferença, bastante característico do sistema jurídico alemão, também presente no sistema brasileiro, visivelmente para determinar a extensão do dano material. De acordo com a Comissão, a indenização, segundo o *diminution of value*, deve colocar um valor naquilo que a vítima perdeu, independentemente da maneira como este dinheiro será gasto pelo destinatário ou outro fator externo. Ao aplicar este método, a lei britânica refere-se a ambos *subjective loss* (prejuízos que dependem da consciência da vítima para serem configurados) e *objective loss* (prejuízos que independem da ciência da vítima) como compensáveis.³⁴⁸

Por outro lado, pelo *functional approach*, indenização por *non-pecuniary loss* objetiva providenciar conforto e consolo à vítima, permitindo que esta obtenha outros meios de satisfação para substituir o que foi perdido.³⁴⁹

Diversos argumentos foram levantados e a aplicação do *functional approach* já foi rejeitada por pelo menos duas vezes.³⁵⁰ Em primeiro lugar, afirma-se que este método

conceitos operacionais claros – tanto na doutrina internacional como, muito particularmente, na doutrina brasileira — que consigam identificar os danos reflexos como categorias jurídicas autônomas e dotadas de um conteúdo eficaz próprio. “Em nosso sentir, esse tipo de dano poderia ser explicado como o prejuízo que pode ser observado sempre em uma relação triangular em que o agente prejudica uma vítima direta que, em sua esfera jurídica própria, sofre um prejuízo que resultará em um segundo dano, próprio e independente, observado na esfera jurídica da vítima reflexa ou por ricochete.”

³⁴⁵ SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 211-212.

³⁴⁶ SUNSTEIN, Cass R. (Org). **Behavioral Law and Economics**. Cambridge University Press, 2000. p. 259.

³⁴⁷ WARD, John. **Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue**. Vol. 91. Emerald Group Publishing, 2009. p. 17.

³⁴⁸ LAW COMMISSION. Report n° 140. p. 08.

³⁴⁹ LAW COMMISSION. Report n° 257. p. 06.

converte indenizações por danos morais em indenizações por danos patrimoniais, pois o valor fixado será o equivalente ao custo financeiro dos prazeres substitutos. Isto colocaria um ônus inaceitável sob a vítima, a qual teria que produzir evidências de prejuízos financeiros, os prazeres substitutos, a fim de receber indenização por prejuízo extrapatrimonial. Em segundo lugar, prazeres substitutos não são suficientes para compensar integralmente por todos os efeitos extrapatrimoniais de um *personal injury*, por exemplo.³⁵¹ Terceiramente, esta forma de calcular indenizações dificultaria o desenvolvimento de um tabelamento para diferentes lesões, vez que o valor das indenizações dependeria dos prazeres substitutos apropriados a cada vítima em particular. Ainda, aparentemente, faria com que indenizações por *non-pecuniary loss* passadas estivessem preclusas. Por fim, a Comissão aponta que a experiência canadense com o *functional approach* não foi bem sucedida.³⁵²

Vale ressaltar, as consultas públicas realizadas durante a elaboração do relatório 257 da *Law Commission* apontaram que 93% (noventa e três por cento) dos entrevistados concordam com os argumentos previamente apresentados. Questões práticas também foram elencadas. O *functional approach* dificultaria demasiadamente a posição dos réus em realizar ofertas de acordos ou pagamentos realistas em juízo. Conhecimentos não jurídicos tornar-se-iam necessários para o cálculo de *non-pecuniary loss*, possivelmente requerendo uma nova categoria de assistentes judiciais nestes casos.

Em que pese o requisito da consciência para fixação de indenizações por dano moral neste sistema, destaca-se o precedente analisado pela *House of Lords* em *West v Shephard* [1964] AC 326, posteriormente confirmado em *Wise v Kaye* [1962] 1 QB 638. Nestes, estabeleceu-se a regra de que uma vítima permanentemente inconsciente em função da lesão perpetrada pelo agente deve receber indenização por *loss of amenity* no valor máximo da escala de compensação por *non-pecuniary loss*.

Discordando da regra supracitada, afirma a *Law Commission* que *non-pecuniary loss* deveria ser racionalizada em termos de *mental suffering* e *loss of happiness* causadas pelo agente. Ou seja, todo *non-pecuniary loss* deveria ser calculado subjetivamente, através da ciência (*awareness*) da vítima e não objetivamente, independentemente da ciência quanto ao dano.³⁵³ Nestas circunstâncias, uma pessoa que não tenha discernimento quanto à piora de sua

³⁵⁰ LUNNEY, Mark; OLIPHANT, Ken. **Tort Law: Text and Materials**. Oxford University Press, 2008. p. 875. Tanto aconteceu no relatório nº 56, de 1973 e nº 257 de 1999.

³⁵¹ LUNNEY, Mark; OLIPHANT, Ken. **Tort Law: Text and Materials**. Oxford University Press, 2008. p. 882.

³⁵² LAW COMMISSION. Report nº 257. *Op. cit.* p. 06.

³⁵³ LAW COMMISSION. Report nº 257. *Op. cit.* p. 06.

condição não deveria receber *non-pecuniary loss*.³⁵⁴ Esta posição apresenta certo empasse moral, pois seria possível que lesões mais graves, que provocam algum tipo de condição permanente de incapacidade mental, como inaptidão mental, inconsciência, entre outros, recebesse menor valor indenizatório do que uma lesão menos séria, como dores no corpo ou um braço quebrado.³⁵⁵

Dessa forma, 69% (sessenta e nove por cento) dos consultados sobre este assunto entenderam contrariamente a Comissão, que *damages for non-pecuniary loss* devem ser fixados para vítimas permanentemente inconscientes em função de *personal injury*. Os consultados suportaram o argumento de que seria injusto fixar valor indenizatório menor por lesões catastróficas do que por lesões menos sérias. Eles também sustentaram que isto poderia ter um *anti-deterrent effect*, vez que a não prevenção poderia se tornar mais benéfica e barata ao perpetrador do dano do que a adoção de medidas precaucionais. Considerou-se que, embora vítimas permanentemente inconscientes não sofram ou sintam dor, indenizações substanciais por dano moral justificam-se pela completa *loss of amenity* da vítima. Não reconhecer isto seria subvalorizar vítimas e trivializar suas experiências. Ainda, os consultados argumentaram que seguir esse *approach* subjetivo para calcular o valor da indenização poderia levar a inconsistências e imprevisibilidade.³⁵⁶

Ainda que tenhamos afirmado que o método utilizado para determinar o valor de *non-pecuniary loss* seja o *diminution of value*, é ponto pacífico que estes não podem ser compensados de maneira precisa ou literal, inviabilizando a perfeita aplicação do método.³⁵⁷ As cortes normalmente referem-se neste contexto a valores que representem “justa e razoável compensação”³⁵⁸, sendo que “justo e razoável deve ser definido pelo contexto social, econômico e condições industriais que prevalecem na Inglaterra.”³⁵⁹ Isto sugere grande

³⁵⁴ LUNNEY, Mark; OLIPHANT, Ken. **Tort Law: Text and Materials**. Oxford University Press, 2008. p. 883.

³⁵⁵ EPSTEIN, Richard A. **Cases and Materials on Torts**. Aspen Publisher, Casenote Legal Briefs, 2003. p. 160. Em *McDougald v Garber* fixou-se que algum grau de percepção cognitiva (*cognitive awareness*) é pré-requisito para a fixação de indenização por *loss of the enjoyment of life*, tratados dentro da categoria *pain and suffering*.

³⁵⁶ LAW COMMISSION. Report nº 257. *Op. cit.* p. 08.

³⁵⁷ DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. **Markesinis and Deakin's Tort Law**. Oxford University Press, 2012. p. 847.

³⁵⁸ ZAVOS, Harry. **Monetary Damages for Nonmonetary Losses: An Integrated Answer to the Problem of the Meaning, Function, and Calculation of Noneconomic Damages**, 43 Loy. L.A. L. Rev. 193 (2009). Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol43/iss1/3>> Acesso em: 02.05.2016. p. 250. “*The lack of an external standard against which to measure the sum given for noneconomic losses—the fact that dollar amounts for such losses are not, in principle, objectively verifiable—explains why in our system ‘the trier of fact has virtually untrammelled discretion in determining an award for pain and suffering [and] as a general rule, [the award] will not be rejected, reversed, or corrected by either the trial court or an appellate tribunal absent clear abuse or bias exercise of that discretion.’*”

³⁵⁹ LAW COMMISSION. Report nº 140. p. 19. Tradução livre. No original: “*what is fair and reasonable is to be assessed in the context of the social, economic and industrial conditions which prevail in England and Wales*”.

discrecionariiedade na quantificação de indenizações por danos não pecuniários.³⁶⁰ O requisito “*fair and reasonable*” é melhor compreendido através da ideia de que casos iguais devem ser tratados da mesma maneira e casos diferentes na medida de sua desigualdade.³⁶¹

A esta ideia de tratamento igualitário em casos que apresentem as mesmas circunstâncias, dá-se o nome de *horizontal equity*, ao passo que casos de maior ou menor gravidade devem receber tratamento condizente com sua complexidade chama-se *vertical equity*.³⁶² O resultado é um método comparativo de quantificação.³⁶³

Ainda que a fixação destas indenizações seja insuscetível de análise racional ou lógica matemática³⁶⁴, a partir do momento que uma média geral é estabelecida, o processo de cálculo para casos futuros pode ser norteado pelos princípios da comparabilidade e proporcionalidade.³⁶⁵ A comparação de valores atribuídos a diferentes tipos de lesão, bem como de características relativas à sua gravidade, permite o surgimento de uma escala ou tabelamento de valores.

Esta tarefa foi facilitada desde a publicação pela *Judicial Studies Board's* do *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases* em 1992 e suas subsequentes atualizações, as quais indicam os valores máximos e mínimos para determinados tipos de danos e lista uma série de características que podem afetar o nível do

³⁶⁰ ZAVOS. *Op. cit.* p. 253. “*Understanding that a noneconomic loss ‘is not susceptible of measurement in money,’ England has recognized that ‘[a]ny figure at which the assessor of damages arrives cannot be other than artificial.’ Though artificial, such a figure can also be conventional; and “conventional” . . . does not or should not mean that the amount is arbitrary, but rather that it is arrived at by general custom and agreement.” To eliminate (or at least diminish) arbitrariness, England has created a conventional tariff system for noneconomic losses. A key case in that creation was Ward v. James. The court, speaking of cases involving unconsciousness, stated that a pattern or scale of awards had emerged from cases where judges decided damages.*”

³⁶¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press. 2008. p. 109.

³⁶² SUGARMAN. 2015. *Op. cit.* p. 217.

³⁶³ GEISTFELD, Mark. **Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries**, 83 Cal. L. Rev. 773 (1995). p. 791. Geistfeld reconhece a potencial arbitrariedade de tais indenizações, entretanto, através do uso dos conceitos de equidade vertical e horizontal, o autor argumenta que não se trata de arbitrariedade completa. Através da análise de julgados conclui que na medida em que a gravidade das lesões aumenta, a indenização tende a aumentar. Entretanto, o autor pontua que é possível encontrar variação relevante ao se tratar de lesões gravidade similar, depondo contra a ideia de *horizontal equity*. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol83/iss3/2>> Acesso em: 02.05.2016.

³⁶⁴ DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Op. cit.* p. 847.

³⁶⁵ LAW COMMISSION. Report nº 140. p. 19.

valor dentro dessa escala.³⁶⁶ Entretanto, conforme colocado pela *Court of Appeal*, quando do julgamento de *Arafa v Potter [1994] PIQR*, “*Guidelines are not in themselves law*”, ou seja, são apenas linhas gerais, não tem autoridade vinculante e não substituem as fontes primárias de direito daquele sistema³⁶⁷, apesar de atualmente serem amplamente reconhecidas como importante instrumento auxiliar no cálculo destas indenizações.³⁶⁸ As circunstâncias particulares de cada vítima são essenciais e este processo de valoração certamente é flexível, entretanto, a existência de orientações favorece a racionalização de assunto bastante controverso.

Markesinis, Deakin e Johnston sugerem que o juiz da causa, a fim de chegar ao valor adequado para a indenização, deve realizar uma ampla análise das evidências trazidas aos autos. Segundo os autores, um *checklist* adequado seria:

*(a) What were the circumstances of the accident? (b) What was the degree of pain and suffering undergone by the claimant in the accident itself? (c) What was the length and nature of the treatment undergone by the claimant? (d) What is the most serious injury suffered by the claimant? (e) What other injuries did the claimant suffer? (f) What are the residual disabilities of the claimant? (g) To what extent, if at all, has the claimant been unable to lead a normal life as a result of those disabilities up to the date of trial? (h) What is the extent to which, if at all, the claimant will be unable to lead a normal life as a result of those disabilities in the future?*³⁶⁹

Ideia original, porém ainda sem aplicação encontrada é a elaborada por Bovbjerg, o qual propõe a construção de uma tabela que determine a razão relativa da indenização extrapatrimonial. Esta matriz seria baseada nos vereditos de casos passados, divididos em

³⁶⁶ A *Judicial Studies Board* para Inglaterra e País de Gales foi transformada em 2011 para *Judicial College*, o qual continua a publicar *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, atualmente na décima terceira edição, publicado pela Oxford University Press. Neste trabalho, também se faz referência à *Judicial Studies Board* para a Irlanda do Norte, a qual mantém unidade metodológica e científica com o órgão britânico, apenas apresentando pequena variação quanto aos valores arbitrados, vez que aquele sistema é abertamente criticado por fornecer quantias de baixa monta, quando comparado com jurisdições vizinhas.

³⁶⁷ LAW COMMISSION. Report nº 140. p. 21.

³⁶⁸ ZAVOS. *Op. cit.* p. 254. “*Now the courts also have the assistance of the Guidelines for the Assessment of Damages in Personal Injury Cases (the ‘Guidelines’), which distills damages awards and gives the lower and upper figures for each type of injury listed. In this way, the issue of horizontal equity (the greatest source of arbitrariness) is addressed.*”

³⁶⁹ DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Op. cit.* p. 848. “*Despite appearing remote, judges, even in England, are human beings. It would appear idle to deny that, inevitably, some claimants make good impression upon them while others do not. Likewise, while some judges are parcimonious, others are inclined to greater generosity. Practioners in the subject would subscribe to these views and would deny a too rigid differentiation between the judges’ aloofness and the jury’s proclivity towards deserving claimants. The Court of Appeal will not interfere with na award of general damages unless it is plainly outside the bracket of what is reasonable, having regard to the broad tariff in the Juditial Studies Board guidelines. As a result it is rarely possible in England to give na exact figure for what a particular claimant is likely to recover in any given case. The best that any practioner can do is to provide a bracket.*”

nove pontos em uma escala de gravidade e em seis faixas etárias, totalizando 54 células. O grupo de “65 anos ou mais” e “grau 9” na escala representa a célula com valor base de 100. O autor reconhece que a aplicação desta matriz acaba por criar um sistema bastante rígido, sem a possibilidade de variação de coeficiente entre células, o que certamente provoca resistência doutrinária e judicial.³⁷⁰

No *Report nº 140* elencou-se os fatores mais corriqueiros na análise de *damages for non-pecuniary loss*, quais sejam:

*a) Gravity and Severity; i) the intensity of the pain ii) level of insight; iii) age or stage of life; iv) reduced life expectancy; v) Pre-injury hobbies or amenities; vi) Pre-existing disabilities; vii) gender; viii) circumstances in which the injury was sustained; b) duration;*³⁷¹

A Comissão também elencou fatores que considera irrelevantes para a quantificação. Em *Phillips v London & South Western Railway Co (1879) CPD 280, 294*, sugeriu-se que as condições financeiras da vítima poderiam ser levadas em conta para o cálculo da indenização por danos morais. Entretanto, desde *Wise v Kaye [1962] 1 QB 638* prevalece a opinião de que esse critério não deve ser considerado para valorar a indenização por *pain and suffering* e *loss of amenities*. Do mesmo modo, também é irrelevante que a vítima não possa se beneficiar diretamente do valor arbitrado em casos onde o ato ilícito tenha lhe colocado em permanente estado de inconsciência.³⁷²

Em *Stapley v Hejslet 2006 BCCA 34*, a *British Columbia Court of Appeal* referiu-se aos seguintes fatores relevantes para o cálculo de *non-pecuniary loss*:

*"(a) age of the plaintiff; (b) nature of the injury; (c) severity and duration of pain; (d) disability; (e) emotional suffering; and (f) loss or impairment of life; [...] (g) impairment of family, marital and social relationships; (h) impairment of physical and mental abilities; (i) loss of lifestyle; and (j) the plaintiff's stoicism (as a factor that should not, generally speaking, penalize the plaintiff)."*³⁷³

³⁷⁰ BOVBJERG, Randall R.; SLOAN, Frank A.; BLUMSTEIN, James F. **Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering.** *Nw. UL Rev.* 83 (1988): 908. p. 921. A tabela pode ser encontrada no Anexo I deste trabalho.

³⁷¹ LAW COMMISSION. *Report nº 140*. p. 22-27. Tradução livre: (a) Gravidade e Severidade; (i) a intensidade da dor (ii) grau de compreensão; (iii) idade ou estágio de vida; (iv) redução da expectativa de vida; (v) *hobbies* e atividades anteriores à lesão; (vi) deficiências pré-existentes; (vii) gênero; (viii) circunstâncias em que o dano foi suportado; b) duração;

³⁷² LAW COMMISSION. *Report nº 140*. p. 27-28.

³⁷³ *Stapley v Hejslet, 2006 BCCA 34*. Tradução livre: “(a) idade da vítima; (b) natureza da lesão; (c) gravidade e duração da dor; (d) deficiências; (e) sofrimento emocional; e (f) prejuízo de qualidade de vida; [...] (g) prejuízo nas relações familiares, maritais e sociais; (h) diminuição da capacidade física e mental; (i) perda de estilo de vida; e (j) o stoicismo da vítima.” Disponível em: <<http://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/2006/2006bcca34/2006bcca34.html>> Acesso em: 03.05.2016.

A *Judicial Studies Board for Northern Ireland* também lançou suas próprias *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, disponível online no endereço eletrônico da instituição.³⁷⁴ *Guidelines* aborda: danos com resultado morte, lesões envolvendo paralisia, dano ao cérebro, doenças mentais, lesões que afetam os sentidos, danos a órgãos internos, lesões ortopédicas, dano estético em várias escalas e doenças de pele.

No sistema britânico não há limite determinado por lei quanto ao valor máximo que uma indenização por *non-pecuniary loss* pode alcançar. Entretanto, as situações consideradas catastróficas, de tetraplegia, dano cerebral severo e cegueira total combinada perda completa da audição parecem figurar como o limite não oficial entre os casos de maior gravidade. Tanto parece manter relação com a ideia de proporcionalidade e o conceito de *vertical equity*.³⁷⁵ O valor máximo que se pode esperar receber por este tipo de lesão é de £265.000,00 (duzentos e sessenta e cinco mil libras esterlinas)³⁷⁶, enquanto o valor mínimo encontra-se na casa de £700,00 (setecentas libras esterlinas) por lesão em um dente posterior.³⁷⁷

3.3 TORTS ESPECÍFICOS POR NON-PECUNIARY LOSSES

No ponto anterior, trabalharam-se os métodos de quantificação de *non-pecuniary loss* na Grã-Bretanha. Viu-se que, apesar do caráter imaterial destes danos e a impossibilidade de precisa equivalência em pecúnia³⁷⁸, o *Common Law* britânico retém o *diminution of value approach*, melhor conhecido como Método da Diferença, e tenta valorar essas perdas, tendo expressamente rejeitado o *functional approach* aplicado no Canadá.

A fim de cumprir este objetivo, busca-se, através da análise dos julgados, encontrar a racionalidade sistemática daquele contexto, na tentativa de concretizar critérios de equidade vertical e horizontal.³⁷⁹ Do mesmo modo, ressaltaram-se os esforços da doutrina e de órgãos como a *Law Commission* e o *Judicial College* a fim de elencar os critérios relevantes

³⁷⁴ Disponível em: <<http://www.jsbni.com/Publications/personal-injury-guide/Pages/default.aspx>> Acesso em: 03.05.2016.

³⁷⁵ LAW COMMISSION. Report nº 140. p. 31.

³⁷⁶ SUGARMAN. *Op. cit.* p. 234.

³⁷⁷ Everything Legal Ltd. **General and Special Damages for Personal Injury**. 2016. Disponível em: <<https://www.lawontheweb.co.uk/legal-help/injury-compensation-amounts>> Acesso em: 03.05.2016.

³⁷⁸ ZAVOS. *Op. cit.* p. 253.

³⁷⁹ GEISTFELD. *Op. cit.* p. 791

para a quantificação e hipóteses de cabimento de *damages for non-pecuniary harm*, com especial atenção aos casos em que esta é mais comum, qual seja, *personal injury*.

Neste momento, dois *torts* específicos, *defamation* e *negligent infliction of psychiatric harm*, serão analisados. Com o objetivo de solidificar os conceitos abstratos trabalhados nas páginas anteriores, estas duas espécies são destacadas vez que abarcam a ideia de proteção de bens jurídicos subjetivos e, do mesmo modo, apresentam contraparte no ordenamento brasileiro, ainda que dentro de cláusula geral de responsabilidade civil. Deste modo, o estudo de ambos pode servir como interessante fonte de inspiração para a harmonização jurisprudencial pátria, ainda que o objetivo proposto nesta análise seja, como colocado, unicamente fortalecer as ideias trabalhadas anteriormente.

3.3.1 Defamation

Manifestações difamatórias publicadas a uma terceira parte dão vazão a uma causa de pedir por *defamation*. Este *tort* é estabelecido tanto através do *case-law* quanto por recente *statute*, o *Defamation Act 2013*.

O *Defamation Act 2013* foi promulgado pela Coroa em 25 de Abril de 2013. A nova legislação reavaliou as regras existentes apresentando uma nova leitura, com o objetivo de fornecer uma balança mais justa entre o direito de liberdade de expressão e a proteção da reputação.³⁸⁰ Na prática, o *2013 Act* codificou partes da lei existente e trouxe algumas alterações substanciais com o fulcro de dissuadir o protocolo de pleitos triviais e aumentar o número de defesas disponíveis aos réus.³⁸¹

Difamação ocorre quando há uma publicação de palavras contendo imputação inverídica de fato à reputação de indivíduos, companhias ou firmas a terceiros, que serve para prejudicar tal reputação aos olhos das pessoas de bem de uma sociedade em geral, expondo a vítima ao ódio, desprezo ou ridículo.³⁸²

O *tort of defamation* tem como objetivo reparar lesões injustificadas à reputação da vítima e podem ser divididas em duas espécies de ação: *slander* e *libel*. Quando a publicação de conteúdo difamatório ocorre através de manifestação verbal ou de algum outro meio temporário, a ação será por *slander*. De outro modo, quando a publicação de material

³⁸⁰ FLEMING. *Op. cit.* p. 166. “The law of defamation seeks to protect individual reputation. Its central problem is how to reconcile this purpose with the competing demands of free speech.”

³⁸¹ EVANS, Ben. A **Brief Guide to the Tort of Defamation**. Blake Morgan. 2014. Disponível em: <https://www.blakemorgan.co.uk/news-events/news/brief-guide-tort-defamation/>. Acesso em: 04.05.2016.

³⁸² FLEMING. *Op. cit.* p. 166.

difamatório é por escrito ou algum outro meio dito permanente, como transmissões por rádio e televisão, chama-se *libel*.

Também é presente a figura correlata do *Malicious* ou *injurious falsehood*, a qual constitui um *tort* específico, sendo causa de ação separada de difamação. É descrito como uma ação por dano deliberada e intencionalmente cometido sem qualquer exceção legal ou justificativa. Adequa-se ao caso em que afirmações inverídicas são publicadas maliciosamente causando dano. Difere-se do *tort of defamation* pela necessidade de prova do dolo e falsidade da informação divulgada.

Via de regra, não há participação do júri em procedimentos de *defamation* a menos que haja requisição expressa da corte com base na Seção 69(1) do *Senior Courts Act 1981* ou Seção 66(3) do *County Courts Act 1984*.³⁸³ O juiz decidirá se as palavras exaradas dadas seu significado ordinário e natural poderiam causar dano à reputação da vítima.

O Defamation Act 2013 não define o conceito de difamação. Este já foi alvo de extensas discussões, entretanto, não há uma única maneira de definí-lo. Fleming afirma que:

*There is unfortunately no single test for what is defamatory. A defamatory statement may be defined as one which tends to lower a person in the estimation of his or her fellows by making them think the less of him or her. Frequently, it takes the form of an imputation calculated to bring the plaintiff "into hatred, contempt or ridicule", whether by direct statement, irony, caricature or any other means; but it is not necessary that the words have the tendency to excite feelings of disapprobation, provided they cause him to be shunned and avoided.*³⁸⁴

Quanto ao dano, o primeiro requisito estabelecido pela nova lei é que se deve comprovar a ocorrência de *serious harm*, ou seja, prejuízo real e grave. Uma colocação não é considerada difamatória a menos que a publicação tenha causado ou provavelmente cause prejuízo sério à reputação de alguém. Do mesmo modo, a legislação esclarece que, prejuízo à reputação de uma pessoa jurídica não é considerado *serious harm* a não ser que tenha causado ou provavelmente cause a esta instituição prejuízo econômico grave (*serious financial loss*).³⁸⁵

³⁸³ *Defamation Act 2013*. p. 12.

³⁸⁴ FLEMING. *Op. cit.* p. 167. Tradução livre: "Infelizmente não há uma única maneira de definir o que é difamatório. Uma afirmação difamatória pode ser definida como aquela que tende a diminuir a estima de uma pessoa frente aos seus colegas fazendo com que estes tenham uma opinião pior quanto a ela. Frequentemente, a difamação toma a forma de uma imputação calculada para colocar à vítima 'em ódio, desprezo ou ridículo', seja por uma afirmação direta, ironia, caricatura ou qualquer outra maneira; mas não é necessário que as palavras tenham a tendência a despertar sentimentos de desaprovação, desde que faça a pessoa ser evitada e excluída."

³⁸⁵ Em *Collins Stewart Ltd & Another –v- Financial Times Ltd* ([2004] EWHC 2337 QBD), a *High Court* sustentou que alegar um déficit na capitalização de mercado da companhia como meio de determinar a extensão do dano é demasiadamente incerta para ser aceita como parâmetro legal. Se este precedente for aplicado a égide

O significado de prejuízo grave (*serious harm*) não foi claramente definido, contudo em comparação ao projeto do *Defamation Bill 2011*, que deu origem ao *Defamation Act 2013*, sugere-se que seja superior a dano substancial (*substantial harm*) inicialmente previsto no projeto. Entretanto, isto será assunto para as cortes, as quais deverão determinar a gravidade do prejuízo exigido sob a luz das circunstâncias individuais de cada caso. Certo é que algum dano decorrente de publicação difamatória é sempre presumido em casos de *libel* (publicação por escrito), entretanto nos casos de *slander* (difamação oral) tanto não acontece.

A lei elenca uma série de defesas possíveis ao réu, quais sejam: A própria necessidade de dano grave; que as alegações são verídicas; trata-se de opinião sincera; interesse público no assunto publicado; o acusado é operador de websites; publicação que passou por revisão de pares para revista ou periódico científico; publicações especialmente protegidas; regra da publicação única; ação contra pessoa não domiciliada no Reino Unido ou Estado Membro; ação contra pessoa que não é autora ou editora.³⁸⁶

Como resultado prático, tais defesas possuem o condão de descaracterizar a ocorrência do *tort of defamation*, excluindo por completo o dever de indenizar, ou pelo menos diminuir o valor final, caso entenda-se que persiste o nexo causal. Note-se que a reputação é tão fortemente protegida que a responsabilidade pela publicação de declarações difamatórias não depende da culpa. Isto é, a responsabilidade não depende da comprovação de intenção do difamador mas no fato da difamação.³⁸⁷

Há duas espécies de remédios legais aplicáveis a este *tort*: *damages* e *injunctions*. O primeiro, como extensamente discutido no capítulo 2 deste trabalho, é a indenização, a qual via de regra é compensatória, também sendo cabível *aggravated* ou *exemplary damages* caso cumpridos os requisitos específicos de cada uma destas figuras. O segundo são injunções, ordens de fazer ou não fazer para reprimir a publicação do material difamatório, seja para retirá-lo de circulação ou evitar que novos sejam publicados.

No que concerne à quantificação desses *damages* e seus critérios, deve-se observar aquilo que foi definido através do *case-law*. Em *KC v MGN Ltd [2012] EWHC 483 (QB)* realizou-se interessantes ponderações quanto ao cálculo de indenizações em casos de

do *2013 Act*, isso pode significar que companhias não poderão utilizar a queda do preço das ações como meio de demonstrar grave prejuízo financeiro.

³⁸⁶ Defamation Act 2013. p. 05-12. Tradução livre. No original: “*requirement of serious harm; truth; honest opinion; Publication on matter of public interest; Operators of websites; Peer-reviewed statement in scientific or academic journal etc; Reports etc protected by privilege; Single publication rule; Action against a person not domiciled in the UK or a Member State etc; Action against a person who was not the author, editor etc;*”. Não se analisará pormenorizadamente cada uma destas defesas por não coincidir com o objeto principal do trabalho.

³⁸⁷ FLEMING. *Op. cit.* p. 182.

libel e o desconto a ser aplicado quando há ofertas de retratação por parte do agente causador do dano.³⁸⁸

No caso, referiu-se a um teste de dois estágios elaborado pelo magistrado Eady J, quando da condução dos casos *Turner v MGN [2005] EMLR 25* e *Nail v News Group Newspaper Ltd [2005] 1 All ER 1040*, para definição da indenização compensatória, em situações em que o agente que causou dano realiza atos a fim de diminuir as repercussões negativas da difamação e tais atos são expressamente aprovados pela vítima, restando discussão apenas no que concerne ao montante final devido pelo agente.

Em *Turner v MGN* o magistrado definiu cada um dos estágios ao afirmar:

"The first stage is to identify the figure I should award at the conclusion of a hypothetical trial in which the Defendant had done nothing to aggravate the hurt to the Claimant's feelings (e.g. by pleading justification or by insulting cross-examination) and nothing to mitigate (e.g. by the publication of an apology). At the second stage I must consider to what extent, if at all, that figure should be discounted to give effect to any mitigating factors of which this Defendant is entitled to take advantage."

Nesse sentido, em *Nail v News Group Newspaper Ltd*:

"I think it is more helpful to focus on what I would have been inclined to award for these libels following a trial (i.e. sitting as a Judge alone) in which there had been no significant aggravation (such as a plea of justification) and no significant mitigation (such as an apology). This is not a wholly artificial scenario. It might arise in various ways: for example, if there were a trial confined to meaning or qualified privilege (neither of which, at least in theory, adds further injury to the Claimant's reputation). I would tend to ask, having regard to the current conventional overall ceiling for damages or £200,000, what the particular libel is worth on that scale of gravity. I would then aim to make a significant reduction to take account not only of any actual apology but also of the very willingness of the defendant to use the offer of amends route. A defendant is then in those circumstances effectively laying down his arms and inviting meaningful negotiation over compensation and restoration of reputation."

Em *Cleese v Associated Newspapers [2004] EMLR 3* Eady J sustentou que as circunstâncias particulares de cada caso devem ser levadas em consideração, incluindo, a gravidade das alegações, a escala da publicação, até que ponto os leitores acreditaram na veracidade das informações e os impactos da conduta na reputação, sentimentos ou carreira da vítima. Ressaltou que um dos pontos fundamentais a se ter em mente é que o propósito destas indenizações é compensatório e não punitivo.

³⁸⁸ *KC v MGN Ltd [2012] EWHC 483 (QB)*. Disponível em: <[http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2012/483.html&query=%28KC%29+AND+%28v%29+AND+%28MGN%29+AND+%28Ltd%29+AND+%28\[2012\]%29+AND+%28EWHC%29+AND+%28483%29+AND+%28%28QB%29%29](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2012/483.html&query=%28KC%29+AND+%28v%29+AND+%28MGN%29+AND+%28Ltd%29+AND+%28[2012]%29+AND+%28EWHC%29+AND+%28483%29+AND+%28%28QB%29%29)> Acesso em: 06.05.2016.

Ainda em *Cleese*, Eady J sugeriu que a Corte estabelecesse um *bracket*, um intervalo contendo os valores máximo e mínimo sugeridos para os casos de difamação, assim como ocorre nas situações de *personal injury* para as indenizações por *pain, suffering e loss of amenity*, em acordo com o *Guidelines* do *Judicial College*. Realizou-se uma correlação com as figuras de dano psiquiátrico grave (*severe psychiatric injury*) e desordem por estresse pós-traumático grave (*severe post-traumatic stress disorder*), há época, com máximas de £76,000 (setenta e seis mil libras esterlinas) e £66,000 (sessenta e seis mil libras esterlinas) respectivamente. Entretanto, em *Terluk v Berezovsky [2011] EWCA Civ 1534* a Corte de Apelação rejeitou a ideia de que casos de *defamation* devam ser duramente associados aos valores prescritos para as indenizações por *personal injury*, o que possibilitou a aplicação de £150,000 (cento e cinquenta mil libras esterlinas) a título compensatório.

Sendo assim, para fins de quantificação do dano e consequente indenização do *tort of defamation* deve-se ter como parâmetro os demais casos de difamação já julgados pela corte.

Para tanto, em *KC v MGN Ltd*, ao analisar-se os valores concedidos nos casos pretéritos, elaborou-se uma escala de gravidade, a qual deve ser aplicada na primeira parte do teste criado por Eady J. Deve-se observar o caso em tela e definir em que “posição” encontra-se nesta escala para definir o valor base da indenização.³⁸⁹

A segunda parte será definir se as tentativas de dirimir o prejuízo lançadas pelo causador do dano, caso existam, tem potencial de diminuir o valor estipulado na primeira parte do teste e, caso positivo, em que proporção. A regra estipulada em *KC* é de que, quando algum desconto for aplicado, este não deve ser menor do que um terço (como em *Velu*) e não mais do que a metade (como em *Nail*).³⁹⁰

3.3.2 *Negligently Inflicted Psychiatric Injury*

Uma pessoa que tenha sofrido dano psiquiátrico (*psychiatric injury*), por vezes referido como choque nervoso (*nervous shock*), pode receber uma indenização caso intente ação através do *tort of negligence*.

Há, no entanto, regras especiais delimitadas para recuperar prejuízos decorrentes deste tipo de dano, levando-se em conta a natureza especial da lesão psíquica. Quando se tratou dos casos de *personal injury* há algumas páginas atrás, afirmou-se que a indenização

³⁸⁹ Tabela disponível no anexo II a este trabalho.

³⁹⁰ *KC v MGN Ltd [2012] EWHC 483 (QB)*. *Op. cit.*

por aquele tipo de dano poderia incluir soma que levasse em consideração à ocorrência de *pain and suffering*, incluindo *mental suffering*, caso decorra de uma lesão física originária. O *tort of negligently inflicted psychiatric injury*, e suas consequentes regras específicas, é utilizado quando não há *physical injury*, ou seja, a lesão psiquiátrica é autônoma, não decorre de uma violação ao corpo da vítima.³⁹¹

O *case-law* é restritivo nesta matéria. A corte fixou uma série de obstáculos que devem ser satisfeitos a fim de se estabelecer responsabilidade pela imposição negligente de dano psiquiátrico. O objetivo destas restrições é prevenir a proliferação de processos que tenham como fundamento lesões subjetivas, naturalmente de difícil comprovação e, dessa forma, reduzir a quantidade de demandas temerárias.³⁹²

Em primeiro lugar, deve-se aplicar o *Caparo test* para avaliar a existência ou não de *duty of care*.³⁹³ De acordo com este método, haverá um dever de cuidado se: (a) o prejuízo era razoavelmente previsível como resultado da conduta do ofensor; (b) existir uma relação de proximidade entre as partes; (c) for justo e razoável impor a responsabilidade.

Quanto ao primeiro ponto (a), acrescenta-se que o prejuízo deve corresponder a uma condição clínica reconhecida decorrente de um evento inesperado e chocante,³⁹⁴ conforme definido em *Behrens & ors v Bertram Mills Circus Ltd [1957] 2 QB 1*.³⁹⁵ Emoções como tristeza, mágoa profunda ou aborrecimentos não são suficientes para caracterizar *psychiatric injury*, nem mesmo medo, pânico ou terror.³⁹⁶

Os casos de lesão psiquiátrica são classicamente conhecidos no *Common Law*, por manterem relação com eventos chocantes que provocam alguma espécie de transtorno mental

³⁹¹ The Law Society Gazette. **A tort too far -- the Law Commission's consultation paper on tortious liability for psychiatric illnesses, including post traumatic stress disorder**. 05 de Abril de 1995. Disponível em: <<http://www.lawgazette.co.uk/19935.article>> Acesso em: 07.05.2016.

³⁹² LAW COMMISSION. Consultation Paper nº 137. **Liability for Psychiatric Illness**. 1995. p. 08.

³⁹³ *Caparo Industries plc v Dickman [1990] UKHL 2*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1990/2.html>> Acesso em: 07.05.2016.

³⁹⁴ *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire [1992] 1 AC 310*. “Lord Ackner: ‘Shock’, in the context of this cause of action, involves the sudden appreciation by sight or sound of a horrifying event, which violently agitates the mind. It has yet to include psychiatric illness caused by the accumulation over a period of time of more gradual assaults on the nervous system.” (Grifou-se). Ou seja, exclui-se os casos em que dano psicológico é resultado de um processo de longo tempo decorrente de cuidados prestados a algum ente querido que sofreu lesão severa em virtude da negligência do agente.

³⁹⁵ *Behrens & ors v Bertram Mills Circus Ltd [1957] 2 QB 1*. Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/cases/Behrens-v-Bertram-Mills-Circus.php>> Acesso em: 07.05.2016.

³⁹⁶ *Hinz v Berry [1970] 2 QB 40*; *Hicks v Chief Constable of South Yorkshire [1992] All ER 65*; *Reilly & Anor v Merseyside Regional Health Authority [1994] EWCA Civ 30*. Disponíveis respectivamente em: <<http://e-lawresources.co.uk/Hinz-v-Berry.php>>; <<http://e-lawresources.co.uk/cases/Hicks-v-Chief-Constable-of-South-Yorkshire.php>>; <<http://e-lawresources.co.uk/cases/Reilly-v-Merseyside-Regional-Health-Authority.php>> Acesso em: 07.05.2016.

para a vítima. Tome-se o caso *Page v Smith* [1996] AC 155³⁹⁷ como exemplo. Sr. Page envolveu-se em um acidente automobilístico de pequenas proporções, ocasionado pela negligência do Sr. Smith. Nenhum dano físico ao motorista aconteceu, mas desde o acidente Sr. Page, que já sofria com episódios esporádicos de encefalomielite, não conseguiu retornar ao trabalho em decorrência do agravamento de seu quadro para encefalomielite crônica, melhor conhecida como síndrome de fadiga crônica. Entendeu-se existir um *duty of care* porque Sr. Page era uma vítima primária, ou seja, encontrava-se dentro da zona de perigo (*zone of danger*)³⁹⁸ e temia razoavelmente por sua integridade física.³⁹⁹

Portanto, deve-se um *duty of care* a uma vítima primária por dano puramente psiquiátrico se o risco de uma lesão física era previsível como consequência do ato negligente, não se exigindo previsibilidade quanto ao dano psicológico em si.⁴⁰⁰

Quanto à segunda condição (b), impende salientar que, no início remoto do instituto, os pleitos por lesão psiquiátrica restringiam-se aos casos de pessoas que temiam por sua própria vida.⁴⁰¹ No entanto, a lei se desenvolveu e uma divisão conceitual entre vítimas primárias, aquelas que se encontravam na zona de perigo do evento danoso ou que possuía razoáveis motivos para acreditar que estavam em perigo, e vítimas secundárias, terceiros que testemunham uma lesão a outrem e temem pela segurança deste, foi traçada em *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire*.⁴⁰²

³⁹⁷ *Page v Smith* [1996] 1 AC 155. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/7.html>> Acesso em: 07.05.2016.

³⁹⁸ BLACK. Op. cit. p. 470. “DANGER ZONE. The ‘danger zone’ within contemplation of the humanitarian doctrine depends upon the facts in the particular case. *Brown v. Alton R. Co.*, Mo.App., 132 S.W.2d 713, 727; *Brown v. Alton R. Co.*, 236 Mo.App. 26, 151 S.W.2d 727, 742.”

³⁹⁹ KIRCHER, John J. The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm. *Marquette Law Review* 90, 789 (2009). p. 815. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol90/iss4/3>> Acesso em: 09.05.2016. “Other courts simply require that the plaintiff be in the zone of danger when the tortious conduct occurred, and subsequently experience a physical manifestation of emotional distress. The zone of danger test draws upon Judge Cardozo’s reasoning in *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* that if a plaintiff is within close proximity to a cause of harm, it is foreseeable that harm may in fact be caused to that person. Of course, if a jurisdiction already follows the zone of danger test for the duty element of a negligence claim, requiring it for a negligent infliction claim adds nothing more. However, as Prosser and Keeton explains, ‘duty is not that cut-and-dried an issue.’ Therefore, it is important to note when a jurisdiction uses zone of danger with negligent infliction cases. Regardless of the jurisdiction’s general duty rule, the zone test will be important for the negligent infliction case because the test may be intended to limit liability in terms of ‘proximate’ or legal causation in that particular jurisdiction.”

⁴⁰⁰ *Page v Smith* [1996] 1 AC 155. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/7.html>> Acesso em: 07.05.2016.

⁴⁰¹ *Dulieu v White* [1901] 2 KB 669. Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/cases/Dulieu-v-White.php>> Acesso em: 07.05.2016.

⁴⁰² Vítima primária é aquela que se encontrava na zona de perigo ou que possuía razoáveis motivos para acreditar que estava em perigo. Vítima secundária é alguém que testemunha uma lesão a outrem e teme pela segurança deste. *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire* [1992] 1 AC 310. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1991/5.html>> Acesso em: 07.05.2016.

Por sua vez, vítima secundária é aquela que não está diretamente envolvida com o incidente em comparação à vítima primária e, por isso, a lei estabelece requisitos ainda mais rigorosos para a configuração do *duty of care*.

A vítima secundária não está na zona de perigo físico, mas é testemunha do terrível evento, e por isso é acometida por uma reconhecida condição clínica advinda de um choque repentino. Deve demonstrar os quatro critérios presentes em *Alcock* para estabelecer a responsabilidade, quais sejam: (1) existência de laços de amor e afeição entre a vítima do ato negligente e a vítima secundária;⁴⁰³ (2) testemunhar o evento com seus próprios olhos;⁴⁰⁴ (3) proximidade física com o evento em si ou em período imediatamente subsequente;⁴⁰⁵ (4) dano psiquiátrico deve ser o resultado do evento chocante.⁴⁰⁶

Nenhum destes requisitos oferece maiores dificuldades de compreensão. Contudo, deve-se observar diferença relevante entre a vítima primária e secundária no que se refere ao primeiro elemento do *Caparo Test* (a). Para a vítima primária, exige-se previsibilidade quanto a um *personal injury* decorrente da conduta do ofensor, a qual vem a não causar prejuízo físico mas acomete psicologicamente a vítima. Por outro lado, para a vítima secundária, deve-se questionar se uma pessoa de fortitude normal nas mesmas condições sofreria *psychiatric harm*. Ou seja, o prejuízo razoavelmente previsível a uma vítima secundária não é físico mas é o própria lesão psicológica.

Quanto à quantificação da indenização, observam-se os critérios elencados pelo *Judicial College* e *Judicial Studies Board for Northern Ireland* como relevantes nestes casos:

a) *Ability to cope with life and particularly work*; b) *Effect on relationships with family etc.*; c) *Extent to which treatment would be successful*; d) *Future vulnerability; Prognosis*; e) *The extent and / or nature of any associated physical injuries*; f) *Whether medical help has been sought*.⁴⁰⁷

⁴⁰³ É presumida entre pais e filhos e cônjuges, mas exige-se prova para outros relacionamentos. *Alcock*, *Op. cit.*

⁴⁰⁴ Em *Alcock* entendeu-se que ver o evento pela televisão não é suficiente. A transmissão televisiva não inclui o sofrimento de indivíduos identificáveis, pois o *broadcasting ethics code* previne que tais imagens sejam exibidas. Pessoas assistindo as gravações do evento não se equivalem aquelas que estavam próximas à zona de perigo e viram e ouviram o acidente ou lá estiveram imediatamente após o evento.

⁴⁰⁵ O conceito de período imediatamente subsequente é determinado na análise do caso concreto. Em *McLoughlin v O'Brian* [1982] 2 All ER 298 a autora sofreu abalo psicológico após seu marido e filho envolverem-se em grave acidente de trânsito causado pela negligência do réu. A autora foi informada do acidente por um amigo que presenciou o ocorrido. A autora chegou ao hospital uma hora após a colisão e viu a família recebendo tratamento médico.

⁴⁰⁶ *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire* [1992] 1 AC 310. *Op. cit.* " 'Shock', in the context of this cause of action, involves the sudden appreciation by sight or sound of a horrifying event, which violently agitates the mind. It has yet to include psychiatric illness caused by the accumulation over a period of time of more gradual assaults on the nervous system."

⁴⁰⁷ Judicial Studies Board for Northern Ireland. **Guidelines for Psychiatric Damage**. Disponível em: <<http://www.jsbni.com/Publications/personal-injury-guide/Pages/Psychiatric-damage.aspx>> Acesso em: 01.05.2016.

A *JSB* e *JC* dividem o dano psiquiátrico geral e a desordem por estresse pós-traumático, mesmo reconhecendo que esta possa coexistir com a primeira categoria, o que ensejaria a fixação de valor no nível máximo sugerido àquela.

Divide-se *Psychiatric Damage Generally* em: (a) Grave dano psiquiátrico; (b) Dano psiquiátrico moderadamente grave; (c) Dano psiquiátrico moderado; (d) Dano psiquiátrico inferior.⁴⁰⁸ Os valores sugeridos variam entre até £10,000 (dez mil libras esterlinas), nos casos de menor repercussão, e até £175,000 (cento e setenta e cinco mil libras esterlinas), a depender da gravidade do dano.

Do mesmo modo, *Post-traumatic Stress Disorder* também se divide em: a) Grave; (b) Moderadamente grave; (c) Moderado; (d) Inferior. Contudo, as indenizações variam de £3,000 (três mil libras esterlinas) até £100,000 (cem mil libras esterlinas).⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Judicial College. **Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases** 13^a Ed. 2012. Oxford University Press p. 13-14; e The Judicial Studies Board for Northern Ireland. **Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases in Northern Ireland**. 4^aEd. 2013. p. 12-13. “(a) *Severe Psychiatric Damage* In these cases the injured person will have marked problems with respect to the factors (i) to (iv) above and the prognosis will be very poor. (b) *Moderately Severe Psychiatric Damage* In these cases there will be significant problems associated with factors (i) to (iv) above but the prognosis will be much more optimistic than in (a) above. (c) *Moderate Psychiatric Damage* While there may have been the sort of problems associated with factors (i) to (iv) above there will have been marked improvement by trial and the prognosis will be good. (d) *Minor Psychiatric Damage* The level of the award will take into consideration the length of the period of disability and the extent to which daily activities and sleep are affected. Considerations as to the level of the award will include the length of the period of disability and the extent to which daily activities were affected.”

⁴⁰⁹ HICKS, Trevor. **Post-Traumatic Stress Disorder and the Law**. 2003. Dissertation.com Academic Book Publishers. p. 39. “(a) **Severe**: Such cases will involve permanent effects which prevent the injured party from working at all or at least from functioning at anything approaching the pre-trauma level. All aspects of the life of the injured person will be badly affected; (b) **Moderately Severe**: This category is distinct from (a) above because of the better prognosis where some recovery with professional help is anticipated. However, the effects are still likely to cause significant disability for the foreseeable future; (c) **Moderate**: In these cases the injured person will have largely recovered and any continuing effects will not be grossly disabling; (d) **Minor**: In these cases a virtually full recovery will have been made within one to two years and only minor effects will persist over any longer period.”

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou distinguir dois conceitos fundamentais presentes no sistema de responsabilidade civil britânico que, não raras vezes, são confundidos: danos morais e indenização punitiva.

Como dito, ainda que *Civil Law* e *Common Law* tenham começado em extremos opostos, é possível observar que, como resultado dos movimentos que cada um destes fez em direção ao outro – como a codificação do direito nos países anglo-saxões ou a criação de instrumentos para garantir maior consistência jurisprudencial nos países civilistas –, não há mais muita diferença entre eles. As mesmas necessidades sociais, bem como similaridade de condições econômicas e técnicas, levaram à adoção de soluções semelhantes aos seus problemas legais. Entretanto, mesmo que os resultados sejam próximos, os métodos utilizados para alcançá-los, por vezes, são extremamente divergentes e não podem ser ignorados.

Viu-se no primeiro capítulo que as características mais marcantes dos países de *Common Law*, neste trabalho representados especialmente pela Inglaterra, como a tradição de anotar decisões – no passado através de *year books* ou *plea rolls* – exaradas pela Corte, bem como o *modus operandi* da argumentação e estabelecimento da lei através do tempo – *Stare decisis* e *judge-made law* – estão intimamente ligados à história do desenvolvimento desta sociedade que, contemporaneamente, conforme Eisenberg, pode ser caracterizada através de quatro princípios basilares: *objectivity*, *support*, *replicability* e *responsiveness*.

Ainda no primeiro capítulo, viu-se que o conceito de *tort* pode ser definido como um ato ilícito civil, ou omissão daquele que possuía obrigação de agir para evitar o dano, que não decorre de violação ou imposição de cláusula contratual e, como consequência, dá origem à obrigação de indenizar por perdas e danos. Nesse sentido, elencaram-se os requisitos para configuração da indenização, tomando-se como referência o *tort of negligence: Duty, breach of duty, cause in fact, proximate cause*, e *harm*. Do mesmo modo, percebeu-se que, apesar das particularidades daquele sistema, assim como no Brasil, é patente a diferença entre a responsabilidade civil extracontratual e direito penal.

Por sua vez, no segundo capítulo, ao abordar os princípios particulares da disciplina de *Tort Law*, foi possível observar que o princípio fundamental da Responsabilidade Civil, mesmo ao falar-se em *Common Law*, é a Compensação Integral, *Restitutio in integrum*, ou *Indemnity Principle*, do qual decorre a ideia de que ao reclamante é lícito reaver totalmente qualquer prejuízo, seja pecuniário ou não pecuniário (*penuniary or non-pecuniary loss*). Passou-se então a analisar as espécies principais de *damages*.

Em primeiro momento, atentou-se à existência de *nominal damages* que, diferindo do atual panorama brasileiro, apresentam resposta para as situações em que se reconhece a violação de direito ou interesse juridicamente tutelado que não causa dano propriamente dito, através da fixação de quantia irrisória, unicamente para declarar a existência do fato, sem, contudo, indenizar dano algum, vez que a mera violação não caracteriza prejuízo quantificável. É interessante observar que estes se diferem de *restitutional damages* na medida em que, nesta segunda categoria, o agente que viola interesse tutelado, apesar de não causar dano, percebe vantagem, de modo que o valor da indenização corresponderá ao valor do proveito obtido.

No que concerne às *punitive damages* e *aggravated damages*, conclui-se tratarem de indenizações excepcionais, as quais fogem da regra geral colocada pelo paradigma compensatório da *Restitutio in integrum*.

Desde *Rookes v Barnard*, que veio a se tornar o grande *leading case* contemporâneo do instituto, um pedido de *exemplary damages* só terá sucesso na Inglaterra quando estiver compreendido entre as três categorias propostas por Lord Devlin⁴¹⁰, de modo que o precedente, apesar de permanecer até hoje, é motivo de discussão doutrinária entre defensores e opositores. Apesar do particular desenvolvimento que *exemplary damages* apresentaram nos EUA, com aplicação em situações muito mais amplas, parece-nos que o modelo britânico manteve ligação mais evidente com sua origem histórica, relativa aos casos *Wilkes v Wood* e *Huckle v Money*, na medida em que configura meio de proteção dos particulares e punição de condutas atentatórias perpetradas pelo Estado frente a seus tutelados.

É importante ter-se em mente que o instituto da indenização exemplar encontra enormes dificuldades em adaptar-se ao direito moderno, não apenas por ser remanescente de um período em que a divisão entre as esferas pública e privada, civil e penal, ainda era pouco clara, como também em virtude de novos contornos sociais, instrumentos jurídicos e conceitos de garantias legais que dificultam ainda mais sua aplicação.

Em relação aos *aggravated damages*, segundo Mullis e Oliphant, são tipicamente concedidos quando a maneira pela qual o ilícito é cometido é de modo a ferir os sentimentos de orgulho e dignidade do requerente, ou a dar vazão para humilhação, insulto ou outra aflição. Essencialmente, *aggravated damages* integra o grupo das indenizações descritas como extraordinárias, porém, diferente de *exemplary damages*, está inserida no rol de

⁴¹⁰ “a) ação opressiva, arbitrária ou inconstitucional por servidores do governo; b) conduta ilícita do réu calculada por ele para obter lucro que exceda a compensação paga ao requerente, e; c) qualquer caso onde tal pena seja autorizada por estatuto (lei).” Sobre o assunto, ver **2.2.1. Exemplary ou Punitive Damages** p. 55-66.

indenizações compensatórias. A *Law Commission* entende que esta espécie integra o direito relativo aos *damages for mental distress*, entretanto, como já mencionado, as conclusões do *Report n° 247* foram totalmente rejeitadas pelo Governo em novembro de 1999. Sendo assim, o impasse quanto a esta indenização permanece.

O que se pode concluir a este respeito é que há precedentes que reconhecem a aplicação combinada de indenizações por danos morais (*non-pecuniary damages*) e *aggravated damages*, pois este estaria ligado ao modo como o *tort* fora cometido, realizando-se considerações relativas à gravidade da conduta, o que evidenciaria certo caráter de subsidiariedade, enquanto *non-pecuniary damages* trataria da indenização que compensa a vítima por uma lesão intangível decorrente de dor ou sofrimento mental ou psicológico, bem como de qualquer perda de prazeres ou expectativas da vida.

Neste sentido, o terceiro capítulo dedicou-se a definição dos critérios para configuração e arbitramento do dano moral na Inglaterra.

O caráter fragmentado do *Tort Law* em diversas condutas específicas apresenta algumas consequências ao se falar em dano moral. Em regra, será possível observar maior incidência de indenização por *non-pecuniary harm* em casos de *personal injury*, nos quais a lesão extrapatrimonial decorre de um dano físico à determinada pessoa. Por sua vez, a incidência de indenização por *non-corporeal harm*, como corriqueiro nas jurisdições civis, é de difícil configuração no *Common Law*, vez que a quantidade e especificidade de requisitos são maiores nestes casos.

Ainda que fragmentado, certa linha geral de raciocínio no que concerne ao método de avaliação do prejuízo e sua consequente compensação podem ser identificadas. Adota-se o *diminution of value approach*, em detrimento do *functional approach*, para determinar a extensão do dano. Busca-se colocar um valor naquilo que a vítima perdeu, independentemente da maneira como este dinheiro será gasto pelo destinatário ou outro fator externo. Reconhece-se a inviabilidade da perfeita aplicação do método ante a extrapatrimonialidade do dano. Porém, certo é que afirmar a dificuldade em se calcular a indenização em nada ajuda a tornar a tarefa mais fácil.

Tomando-se por base o conceito de justiça conforme as ideias de *vertical* e *horizontal equity*, bem como parâmetros econômicos, morais e culturais daquela sociedade, é possível encontrar uma solução condizente aos casos concretos através de uma abordagem comparativa de quantificação. A comparação de valores atribuídos a diferentes tipos de lesão, bem como de características relativas à sua gravidade, permite o surgimento de uma escala ou tabelamento de valores. Publicações como o *Guidelines for the Assessment of General*

Damages in Personal Injury Cases, publicada pelo *Judicial College* facilitaram esta tarefa ao realizar um compêndio dos critérios relevantes e sugerir intervalos de valores, ao menos para os casos de *personal injury*.

Ante ao exposto, foi possível observar uma clara dicotomia entre dano moral e indenização punitiva no *Common Law* britânico e o reconhecimento de um pilar estritamente compensatório como regra geral a sustentar as indenizações por danos extrapatrimoniais neste sistema. Igualar *punitive damages* ao conceito de *non-pecuniary damages* é incorrer em sinédoque, ou seja, definir o todo pela parte.

Entretanto, como colocado introdutoriamente, este trabalho constitui apenas um primeiro passo, uma pesquisa em direito estrangeiro, a fim de viabilizar posterior análise de direito comparado. Deste modo, algumas questões ainda permanecem em aberto, especialmente no que concernem as situações de dano moral que no Brasil são tratadas como de ocorrência presumida, a ser aprofundada em trabalho posterior.

REFERÊNCIAS:

a) Bibliografia

ANTAS JR., Ricardo Mendes. **Território e Regulação: espaço, fonte material e não-formal do direito**. São Paulo: Editora Humanitas, 2005.

ANDRADE, André Gustavo Correa de. **Dano moral & indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BAKER, John Hamilton. **The Common Law Tradition: lawyers, books, and the law**. Londres: Hambledon Press, 2000.

_____. Dr. Thomas Fastolf and the History of Law Reporting. **The Cambridge Law Journal**. Vol. 45, 1986. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/pdf/4506829.pdf>> Acesso em: 11.12.2015.

BALDWIN, Francis Scott. Punitive Damages Revised. **International Academy of Trial Lawyers**, 1993. Disponível em: <http://www.iatl.net/files/public/93_punitive_i4a.pdf> Acesso em: 13.01.2016.

BAR, Christian von; DROBNIG, Ulrich. **The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe**, A comparative study. Munique: Sellier European Law Publisher, 2004.

BARRELL, Andrew DM. **The Papacy, Scotland and Northern England**. Vol. 30. Cambridge: University Press, 2002.

BERMINGHAM, Vera. **Tort (Nutcases)**. 4. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2005.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law dictionary**. 4. ed. St. Paul, Minnessota: West Publishing CO, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Direito e Sociedade**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOUVIER, John. **A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States**. 1856. Disponível em: <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Common+bench>>. Acesso em: 07.03.2016.

BOVBJERG, Randall R.; SLOAN, Frank A.; BLUMSTEIN, James F. Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering. **Northwestern University Law Review**, 1988. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=83+Nw.+U.L.+Rev.+908&srctype=smi&srcid=3B15&key=3579918e8741ca8a182f0e1b97414cd0>> Acesso em: 06.11.2014.

BURNHAM, William. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. 5. ed. Minnesota: West Academic Publishing, 2011.

CASTILLO-GERDING, Migdalia. **Important Legal Terminology**. Common Law of Torts Overhead Material. Westfälische *Wilhelms-Universität Münster*, 2014.

_____. **Intentional Torts and Negligence**. Common Law of Torts Overhead Material. Westfälische *Wilhelms-Universität Münster*, 2014.

_____. **Introduction to the Common Law Legal System**. Common Law of Torts Overhead Material. Westfälische *Wilhelms-Universität Münster*, 2014.

CERCHIARI, Emanuele. **Capellani Papae et Apostolicae Sedis**. Vol. III. Roma: Typis Polyglottis Vaticanis. 1919.

CHMIEL, John F. Damages – Recovery for Mental Suffering From Breach of Contract. **Notre Dame Law Review**. Vol. 482. (1957). Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3585&context=ndlr>> Acesso em: 17.05.2016.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. **Legal Information Institute**. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/common_law> Acesso em: 20.04.2014.

COX, Colleen. **Introduction to Common Law of Torts**. Common Law of Torts Overhead Material. Westfälische *Wilhelms-Universität Münster*. 2014.

DAINOW, Joseph. The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 15, n. 3, 1966 - 1967.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução: CARVALHO, Hermínio A. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. (Organizador). **International Encyclopedia of Comparative Law**. Vol. 1. Boston: Brill Archive, 1986.

DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. **Markesinis and Deakin's Tort Law**. Oxford: University Press, 2012.

DOLEZALEK, Gero. **Quaestiones motae in Rota**. Richterliche Beratungsnotizen aus dem vierzehnten Jahrhundert. Vaticano, 1980.

DUHAIME, Lloyd. **Duhaime's Law Dictionary**. 2000. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/N/Non-pecuniaryDamages.aspx>> Acesso em: 17.09.2015.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press. 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of Common Law**. Londres: Harvard University Press, 1991.

EPSTEIN, Richard A. **Cases and Materials on Torts**. Aspen: Wolters Kluwer, Casenote Legal Briefs, 2003.

EVANS, Ben. **A Brief Guide to the Tort of Defamation**. Londres: Blake Morgan, 2014. Disponível em: <<https://www.blakemorgan.co.uk/news-events/news/brief-guide-tort-defamation/>> Acesso em: 04.05.2016.

EVERYTHING LEGAL LTD. **General and Special Damages for Personal Injury**, 2016. Disponível em: <<https://www.lawontheweb.co.uk/legal-help/injury-compensation-amounts>> Acesso em: 03.05.2016.

FISCHER, David A. Successive Causes and the Enigma of Duplicated Harm. **66 TENN. L. REV.** **1127**, (1999). Disponível em: <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1182&context=facpubs>> Acesso em: 17.02.2016.

FLEMING, John Gunther; SAPPIDEEN, Carolyn; VINES, Prue. **Fleming's The Law of Tort** Sidney: Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2011.

FRIEDMAN, David D. **Law and Economics**. Disponível em: <http://davidfriedman.com/laws_order/laws_order_chapter_14/links/ch_14_207_case_huckle_money.htm> Acesso em: 19/10/2015.

_____. Beyond the Tort/Crime Distinction. **76 Boston University Law Review**, **103**, 1996. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1573&context=facpubs>> Acesso em: 19/10/2015.

GALL, Gerald L. **The Canadian Legal System**. 2. ed. Toronto: Carswell Legal Publications. 1983.

GAGNIÈRE, Sylvain. **Le palais des papes d'Avignon**. Caisse nationale des monuments historiques, 1982.

GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne. **Common Law Reasoning and Institutions**. University of London, 2012. Disponível em: <http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/programme_resources/laws/ug_subject_guides/common_law_reasoning_and_inst-subjectguide4chapters.pdf> Acesso em: 20.08.2015.

GEISTFELD, Mark A. Compensation as a Tort Norm. NYU School of Law, **Public Law Research Paper 13-54 (2013): 13-28**. Disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=nyu_plltwp Acesso em: 07.08.2015.

_____. Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries, **83 Cal. L. Rev. 773 (1995)**. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol83/iss3/2> Acesso em: 02.05.2016.

GENN, Hazel; GEAREY, Adam. **English Common Law: Structure and Principles**. English Common Law Notes. Undergraduate Law Programme, University of London, 2013. Disponível em: <http://eclnotes.laws.londoninternational.ac.uk/2013/07/02/english-common-law-structure-and-principles-by-hazel-genn-adam-gearey-lecture-1-part-1-what-is-law/> Acesso em: 03.05.2015.

GOLDBERG, John C.P. ZIPURSKY, Benjamin C. Tort Law and Responsibility. 2013. Em OBERDIEK, John (Organizador), **Philosophical Foundations of the Law of Torts**. Oxford: University Press, 2014. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/about/privatelaw/related-content/2013-working-paper-series/goldberg_tort-law-and-responsibility_5-24-13.pdf Acesso em: 08.09.2015.

HALE, Matthew. **The History of the Common Law in England**. 1. ed. 1713. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=oeNIAQAAMAAJ&printsec=frontcover&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false Acesso em: 12.04.2016.

HAYEK, F. A. *Studies in Philosophy, Politics and Economics. Notes on The Evolution of Systems of Rules of Conduct*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1967. Disponível em: <https://direitasja.files.wordpress.com/2012/05/studies-in-philosophy-and-economics-friedrich-a-hayek.pdf> Acesso em: 05.12.2015.

HICKS, Trevor. **Post-Traumatic Stress Disorder and the Law**. Boca Raton: Universal Publishers, 2003.

HODGSON, John. LEWTHWAITE, John. **Tort Law Textbook**. Oxford: University Press, 2007.

HORSEY, Kirsty; RACKLEY Erika. **Tort Law**. 3. ed. Oxford: University Press, 2013.

JONES, Michael A. **Textbook on TORTS**. 5. ed. Oxford: Blackstone Press Limited, 1996.

JUDICIAL COLLEGE. **Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases**. 13. ed. Oxford: University Press. 2012.

JUDICIAL STUDIES BOARD FOR NORTHERN IRELAND. **Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases**. Disponível em: <<http://www.jsbni.com/Publications/personal-injury-guide/Pages/default.aspx>> Acesso em: 03.05.2016.

KENT, James. **Commentaries on American Law**. 13. ed. vol. 1. Boston: Little Brown, 1884.
KHAN, Malcolm; ROBSON, Michelle; SWIFT, Kristina. **Clinical Negligence**., 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2002.

KIRCHER, John J. The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm. **Marquette Law Review** **90**, **789** (2009). Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=mulr>> Acesso em: 15.03.2016.

KOCHER, Henerik. **Dicionário de Expressões e Frases Latinas**. Disponível em: <http://www.hkocher.info/minha_pagina/dicionario/n13.htm>. Acesso em: 24.05.2015.

KOZEL, Randy J. Stare Decisis as Judicial Doctrine. **Notre Dame Law School. Washington and Lee Law Review**, Vol. 67, No. 2, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1600290> Acesso em: 20.04.2016.

KOZIOL, Helmut. Punitive Damages - A European Perspective, **68 La. L. Rev.** (2008). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol68/iss3/3>> Acesso em: 26.03.2016.

LAHE, Janno. KULL, Irene. Compensation of non-pecuniary damage to persons close to the deceased or to the aggrieved person. **International Comparative Jurisprudence** (2016). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.icj.2016.03.001>> Acesso em: 26.03.2016.

LAW COMMISSION. Consultation Paper n. 137. **Liability for Psychiatric Illness**. Londres, 1995. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/cp137.pdf>> Acesso em: 05.11.2015.

_____. Consultation Paper n. 140. **Damages for Personal Injury: Non-Pecuniary Loss**. HMSO. Londres, 1996. Disponível em: <http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/cp140_Damages_Personal_Injury_Non-pecuniary_Loss_Consultation.pdf> Acesso em: 08.01.2016.

_____. Report n. 247. **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**. Londres, 1997. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/LC247.pdf>> Acesso em: 05.11.2014.

_____. Report nº 257. **Damages for Personal Injury: Non-Pecuniary Loss**. Londres, 1998. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/LC257.pdf>> Acesso em: 05.11.2014.

content/uploads/2015/03/lc257_Damages_Personal_Injury_Non-pecuniary_Loss.pdf >

Acesso em: 14.04.2016.

LAW REFORM COMMISSION. **Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages.** LRC 60-2000. Dublin, 2000. Disponível em: <http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rAggravatedDamages.htm> Acesso em: 12.04.2016.

LAW SOCIETY GAZZETTE. **A tort too far -- the Law Commission's consultation paper on tortious liability for psychiatric illnesses, including post traumatic stress disorder,** 1995. Disponível em: <<http://www.lawgazette.co.uk/19935.article>> Acesso em: 07.05.2016.

LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. **Foundations of Tort Law.** 2 ed. LexisNexis Publishing, 2012.

LEWIS, Richard. Increasing the Price of Pain: Damages, the Law Commission and Heil v Rankin. **The Modern Law Review.** Vol. 64. 2001. p. 100-111.

LOVE, Jean C. Actions for Non-Physical Harm: The Relation between the Tort System and No-Fault Compensation (With an Emphasis on Workers' Compensation). **California Law Review.** Vol. 73, n. 3. 1985. p. 857-897. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2055&context=californialawreview>> Acesso em: 14.03.2016.

LUNNEY, Mark; OLIPHANT, Ken. **Tort Law: Text and Materials.** 5. ed. Oxford: University Press, 2008.

MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea.** 6. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ,** Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005.

McADAMS, Richard H. The political economy of criminal law and procedure: The pessimists' view. University of Chicago, **Public Law Working Paper 243 (2008).** Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/pl234.pdf>> Acesso em: 05.07.2015.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOURA VICENTE, Dario. **Direito comparado.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 2014. v.1 p.225-228.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. **Indenização por dano moral: Evolução da Jurisprudência.** Tribunal Regional Federal da 3ª Região, "Fórum de Debates", Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. São Paulo, 1995. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informativo/article/download/299/264>> Acesso em: 13.04.2016.

MULLIS, Alastair; OLIPHANT, Ken. **Torts**. 3. ed. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2003.

NATIONAL ASSOCIATION OF CITIZENS ADVICE BUREAUX. Citizens Advice. **Employment tribunals - discrimination - calculating compensation for aggravated damages**. Disponível em: <<https://www.citizensadvice.org.uk/work/problems-at-work/employment-tribunals-from-29-july-2013/employment-tribunals-valuing-a-claim/compensation-for-discrimination/employment-tribunals-discrimination-calculating-compensation-for-aggravated-damages/>> Acesso em: 26.04.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIPHANT, Ken. The Nature of Tortious Liability, 2007. Em OLIPHANT, Ken. (Organizador), **The Law of Tort**. 2. ed. LexisNexis. p. 01-38.

OWEN, David G. The Five Elements of Negligence. **Hofstra Law Review**, volume 35, nº 4 (2007). Disponível em:

<http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v35n04_i01.pdf>

Acesso em: 04.04.2016.

_____. The Moral Foundations of Punitive Damages. **40 Ala. L. Rev. 705 (1989)**.

Disponível em:

<http://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=law_facpub>

Acesso em: 04.04.2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PARISH, Matthew T. NEWLSON, Annalise K. ROSENBERG, Charles B. Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration, **29 Berkeley J. Int'l Law. 225 (2011)**.

Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/7>>, Acesso em: 09.11.2015.

PERELL, Paul M. Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument. **2:2,3 Legal Research Update 11-21 (1987)**. Disponível em: <<http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/>> Acesso em: 02.10.2015.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PLÖGER, Karsten. **England and the Avignon Popes: The Practice of Diplomacy in Late Medieval Europe**. Londres: MHRA, 2005.

- POLLOCK, Frederick. **The Law of Torts**. 2. ed. Londres: Stevens and Sons Limited, 1890.
- _____. MAITLAND, Frederic William. **The History of English Law**. 2. ed. Vol. 1. Cambridge: University Press, 1898.
- PROSSER, William L. **Handbook of the Law of Torts**. St. Paul, Minnessota: West Publishing Company, 1980.
- RE, Edward D. **Remarks Regarding Stare Decisis Presented at a Seminar for Federal Appellate Judges Sponsored by the Federal Judicial Center**. 13-16 de Maio, 1975. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/staredec.pdf/\\$file/staredec.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/staredec.pdf/$file/staredec.pdf)> Acesso em: 04.07.2015.
- REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA. **The Common Law and the Civil Law Traditions**. The Robbins Religious and Civil Law Collection, 2010. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>> Acesso em: 06.03.2016.
- ROGERS, W.V.H. **The Law of Tort**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1994.
- ROBINETTE, Cristopher J. **The Prosser Notebook: Classroom as a Biography and Intellectual History**. 2010. Disponível em: <<https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2010/2/Robinette.pdf>> Acesso em: 20.12.2015.
- SCRUTON, Roger. **The Fundamental Principle Of Common Law**: Disponível em: <<http://barristerblogger.com/published-articles-3/roger-scruton-on-the-fundamental-principle-of-common-law/>> Acesso em: 27.09.2015.
- SEIPP, David J. The Distinction Between Crime and Tort in the Early Common Law, **Boston University Law Review**. Vol. 76. (1996). Disponível em: <http://www.bu.edu/lawlibrary/facultypublications/PDFs/Simons/Crim_Torts_Distinction.pdf> Acesso em: 03.02.2016.
- SIMONS, Kenneth W. The Crime/Tort Distinction: Legal Doctrine and Normative Perspectives. **Widener Law Journal**. Vol. 17. (2007). Disponível em: <http://www.bu.edu/lawlibrary/facultypublications/PDFs/Simons/Crim_Torts_Distinction.pdf> Acesso em: 03.02.2016.
- _____. The Restatement Third of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines. **Boston University School of Law Working Paper No. 09-15 (2009)**. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/documents/simonsk032309.pdf>> Acesso em: 03.02.2016.
- SLOAN, Frank A. van WERT, Stephen S. Cost and Compensation of Injury in Medical Malpractice. **Law and Contemporary Problems**. Vol. 54, n. 1. p. 131-168.

SMITH, Jeremiah. Torts Without Particular Names. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**. 2. ed. Volume 69. 1921. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7823&context=penn_law_review> Acesso em: 06.06.2015.

SPRAGUE, Robert D. **Teaching Stare Decisis using Browse Wrap Agreements**. Eastern New Mexico University College of Business. Disponível em: <<http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Courts/SpragueStareDecisis.pdf>> Acesso em: 03.09.2015.

SUGARMAN Stephen D. Tort Damages for Non-economic Losses (in cases of physical injury to the person), 2015. Em: BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony J. (Org.) **Comparative Tort Law: Global Perspectives**. Londres: Edward Elgar Publishing, 2015. Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/files/journals/Sugarman_Non_economic_loss_ReformattedFinal.pdf> Acesso em: 09.02.2015.

_____. Tort Reform through Damages Law Reform: An American Perspective, **27 Sydney L. Rev. 507 (2005)**. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/637>> Acesso em: 17.04.2016.

_____. A Comparative Look at Pain and Suffering Awards, **DePaul Law Review. Vol. 55. (2005)**. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/637>> Acesso em: 17.04.2016.

_____. Compensation for Accidental Personal Injury: What Nations might Learn from Each Other. **Pepperdine Law Review. Vol. 38. (2010)**. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1897&context=facpubs>> Acesso em: 17.04.2016.

SUNSTEIN, Cass R. (Organizador). **Behavioral Law and Economics**. Cambridge: University Press, 2000.

VIDMAR, Neil. RICE, Jeffrey J. Assessment of Noneconomic Damage Awards in Medical Negligence: A Comparison of Jurors with Legal Professions. **Iowa Law Review. Vol. 78. (1992)**. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol49/iss2/3>> Acesso em: 05.02.2016.

WALKER, Mark P. **O modelo jurídico dos punitive damages nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América**. 208 p. Dissertação (Mestrado). Orientador, Rafael Peteffi da Silva – Universidade Federal de Santa Catarina, - Florianópolis, SC, 2016.

WALTHER, D.L. PLEIN, T.A. Punitive Damages: A Critical Analysis: Kink v. Combs. **Marq. L. Rev.**, **49**, **369** (1965). Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol49/iss2/3>> Acesso em: 05.02.2016.

WARD, John. **Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue**. Vol. 91. Bingley: Emerald Group Publishing, 2009.

WEBSTER, Merriam. **Merriam-Webster Online Dictionary**, 2016. Disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/tort>> Acesso em: 04.10.2015.

WELLS, Michael Lewis. A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages. **University of Georgia School of Law Legal Studies Research**. 2009. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol170/iss2/8>> Acesso em: 21.08.2015.

YORK, Kenneth H. Dobbs: Handbook on the Law of Remedies. **Loyola Los Angeles Law Review**. Vol. 7. 1974. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=llr>> Acesso em: 17.04.2016.

YOUNG, Alan N. **The Role of the Victim in the Criminal Process: A Literature Review from 1989 to 1999**. Police Center for Victims Issues. Research and Statistics Division, 2001. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/victim/rr00_vic20/rr00_vic20.pdf> Acesso em: 12.03.2016.

ZAVOS, Harry. Monetary Damages for Nonmonetary Losses: An Integrated Answer to the Problem of the Meaning, Function, and Calculation of Noneconomic Damages, **43 Loyola of Los Angeles Law Review** **193** (2009). Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol43/iss1/3>> Acesso em: 02.05.2016.

b) Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 07.11.2015.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 07.11.2015.

c) Jurisprudência

CANADÁ. Court of Appeal for British Columbia. *Stapley v Hejslet*, 2006 BCCA 34. Disponível em: <<http://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/2006/2006bcca34/2006bcca34.html>> Acesso em: 03.05.2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Second Circuit Court of Appeal. 1947. *United States v. Carroll Towing Co* 159 F.2d 169, 173. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/159/169/1565896/>> Acesso em: 20.05.2016

INGLATERRA. Court of Appeal. *Darbishire v Warran* [1963] 3 All ER 310, [1963] 1 WLR 1067. <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html&query=Darbishire+and+v+and+Warran&method=boolean>>. Acesso em: 10.03.2016.

_____. Court of Appeal. *Heil v Rankin*. 2001. QB 272, 2000, 3 All ER 138, 2000, 2 WLR 1173. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2000/187.html&query=Heil+and+v+and+Rankin&method=boolean>>. Acesso em: 10.03.2016.

_____. Court of Appeal. *Hinz v Berry*. 1970. 2 QB 40 Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/Hinz-v-Berry.php>> Acesso em: 07.05.2016.

_____. Court of Appeal. *Holden v Chief Constable of Lancashire*. 1987. QB 380, [1986] 3 All ER 836. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/holden-v-chief-constable-of-lancashire-ca-1987/>> Acesso em: 03.04.2016.

_____. Court of Appeal. *John v MGN Ltd*. 1997. QB 586 Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/1995/23.html&query=John+and+v+and+MGN+and+Ltd&method=boolean>>. Acesso em: 22.03.2016.

_____. Court of Appeal. *KC v MGN Ltd*. 2012. EWHC 483 (QB). Disponível em: <[http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2012/483.html&query=%28KC%29+AND+%28v%29+AND+%28MGN%29+AND+%28Ltd%29+AND+%28\[2012\]%29+AND+%28EWHC%29+AND+%28483%29+AND+%28QB%29%29](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2012/483.html&query=%28KC%29+AND+%28v%29+AND+%28MGN%29+AND+%28Ltd%29+AND+%28[2012]%29+AND+%28EWHC%29+AND+%28483%29+AND+%28QB%29%29)> Acesso em: 06.05.2016.

_____. Court of Appeal. *Nail v News Group Newspaper Ltd*. 2005. 1 All ER 1040. Disponível em: <[http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1708.html&query=\(Nail\)+AND+\(v\)+AND+\(News\)+AND+\(Group\)+AND+\(Newspaper\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1708.html&query=(Nail)+AND+(v)+AND+(News)+AND+(Group)+AND+(Newspaper))> Acesso em: 01.06.2016.

_____. Court of Appeal. *Perry v Sidney Phillips & Son*. 1982. 1 WLR 1297. Disponível em: < <http://swarb.co.uk/perry-v-sidney-phillips-ca-1982/>> Acesso em: 27.04.2016.

_____. Court of Appeal. *Reilly & Anor v Merseyside Regional Health Authority*. 1994. EWCA Civ 30. Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/cases/Reilly-v-Merseyside-Regional-Health-Authority.php>> Acesso em: 07.05.2016.

_____. Court of Appeal. *Riches v News Group Newspaper*. 1986. QB 256, 269C. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/riches-v-news-group-newspapers-ltd-ca-20-feb-1985/>> Acesso em: 04.11.2015.

_____. Court of Appeal. *Seager v Copydex*. 1969. 2 All ER 718, [1969] 1 WLR 809. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/seager-v-copydex-ltd-ca-1967/>> Acesso em: 19.02.2016.

_____. Court of Appeal. *Terluk v Berezovsky* [2011] EWCA Civ 1534 Disponível em: <<http://www.5rb.com/case/terluk-v-berezovsky-no-2/>> Acesso em: 11.05.2016.

_____. Court of Appeal. *Thompson v Metropolitan Police Comr e Hsu v Metropolitan Police Comr* [1998] QB 498. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/thompson-v-commissioner-of-police-of-metropolis-hsu-v-same-ca-20-feb-1997/>> Acesso em: 01.03.2016.

_____. House of Lords. *A-G v Blake*. 2001. 1 AC 268, 279. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-1.htm>>. Acesso em: 20.03.2016.

_____. House of Lords. *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire*. 1992. 1 AC 310. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1991/5.html>> Acesso em: 07.05.2016.

_____. House of Lords. *Caparo Industries plc v Dickman*. 1990. UKHL 2. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1990/2.html>> Acesso em: 07.05.2016.

_____. House of Lords. *Donoghue v Stevenson*. 1932. UKHL 100. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>> Acesso em: 07.04.2016.

_____. House of Lords. *Grobbelaar v News Group Newspapers Ltd, Grobbelaar v News Group Newspapers Ltd*. 2002. UK UL 40, [2002] 1 WLR 3024. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2002/40.html&query=Grobbelaar+and+v+and+News+and+Group+and+Newspapers+and+Ltd&method=boolean>> Acesso em: 20.03.2016.

_____. House of Lords. *Hicks v Chief Constable of South Yorkshire*. 1992. All ER 65 Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/cases/Hicks-v-Chief-Constable-of-South-Yorkshire.php>> Acesso em: 07.05.2016.

_____. House of Lords. *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] 2 WLR 1789, [2001] 3 All ER 193. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>>

Acesso em: 07.05.2016.

_____. House of Lords. *Livingstone v Rawyards Coal Co.* 1880 5 App Cas 25. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/livingstone-v-rawyards-coal-co-hl-1880-4/>>. Acesso em: 10.03.2015.

_____. House of Lords. *Page v Smith* [1996] 1 AC 155. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/7.html>> Disponível em: 07.05.2016.

_____. House of Lords. *Parry v Cleaver*. 1970. AC 1, [1969] 1 All ER 555. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/parry-v-cleaver-hl-5-feb-1969/>> Acesso em: 11.04.2016.

_____. House of Lords. *Rookes v Barnard*. 1964. AC 1129, [1964] 1 All ER 367. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1964/1.html&query=Rookes+and+v+and+Barnard+and+1964&method=boolean>> Acesso em: 06.06.2015.

_____. House of Lords. *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd and Banque Bruxelles Lambert SA v Eagle Star Insurance Co Ltd*. 1996. UKHL 10. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1996/10.html>> Acesso em: 08.04.2016.

_____. House of Lords. *Standard Chartered Bank v Pakistan National Shipping Corp*. 1999. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd021106/pakist-1.htm>> Acesso em: 05.05.2016.

_____. King's Bench. *Behrens & ors v Bertram Mills Circus Ltd*. 1957. 2 QB 1. Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/cases/Behrens-v-Bertram-Mills-Circus.php>> Acesso em: 07.05.2016.

_____. King's Bench. *Entick v. Carrington*. 1765. EWHC KB J98 95 ER 807. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/KB/1765/J98.html&query=Entick+and+v.+and+Carriington&method=boolean>>. Acesso em: 21.03.2016.

_____. King's Bench. *Dulieu v White*. 1901. 2 KB 669. Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/cases/Dulieu-v-White.php>> Acesso em: 07.05.2016.

_____. Queen's Bench. *Asghar v Ahmed*. 1984. 17 HLR 25. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi->

bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2015/1118.html&query=(Asghar)+AND+(v)+AND+(Ahmed)> Acesso em: 09.04.2016.

_____. Queen's Bench. Turner v MGN [2005] EMLR 25. Disponível em: <[http://www.bailii.org/cgi-](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2005/892.html&query=(Turner)+AND+(v)+AND+(MGN)+AND+([2005])+AND+(EMLR)+AND+(25))

bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2005/892.html&query=(Turner)+AND+(v)+AND+(MGN)+AND+([2005])+AND+(EMLR)+AND+(25)> Acesso em: 16.04.2016.

_____. Cassell & Co Ltd v Broome [1972] AC 1027, [1972] 1 All ER 801. Disponível em: <http://swarb.co.uk/cassell-co-ltd-v-broome-and-another-hl-23-feb-1972-3/> Acesso em: 08.10.2015.

_____. Huckle v. Money. 1763. 2 Wil's KB 205, [1799] EngR 225, (1799) 2 Wils KB 205, (1799) 95 ER 768. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/huckle-v-money-1763/>> Acesso em: 15.02.2016.

_____. Wilkes v Woods. 1763. 98 Eng. Rep. 489, 498--99 C.P. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendIVs4.html>>. Acesso em: 17/10/2015.

_____. Wrotham Park Estate v Parkside Homes. 1974. 2 All ER 321, [1974] 1 WLR 798. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/wrotham-park-estate-ltd-v-parkside-homes-ltd-chd-1974/>> Acesso em: 24.04.2016.

ANEXO I
TABELA DE BOVBJERG

Level	Severity of Injury	Examples
1	Emotional only	Fright. No physical damage
2	Temporary insignificant	Lacerations, contusions, minor scars, rash. No Delay
3	Temporary minor	Infections, (mis-set) fracture, fall in hospital. Recovery delayed.
4	Temporary major	Burns, surgical material left, drug side-effect, brain damage. Recovery delayed.
5	Permanent minor	Loss of fingers, loss or damage to organs. Includes non-disabling injuries.
6	Permanent significant	Deafness, loss of limb, loss of eye, loss of one kidney or lung.
7	Permanent major	Paraplegia, blindness, loss of two limbs, brain damage
8	Permanent grave	Quadriplegia, severe brain damage, lifelong care or fatal prognosis
9	Death	

ANEXO II
TABELA DE PRECEDENTES – DEFAMATION

Precedente	Resumo	Indenização⁴¹¹
<i>Lillie and Reed v Newcastle City Council and others</i> [2002] EWHC 1600 (QB)	Duas enfermeiras acusadas de abusar física, sexual e emocionalmente de crianças sob seus cuidados. A notícia foi veiculada por mais de 100 artigos jornalísticos. Tiveram que deixar suas casas, seus trabalhos e mudar de identidade. Alguns réus tentaram justificar-se e foram a juízo.	£293,000.00
<i>Veliu v Mazrekaj</i> [2007] 1WLR 495	A vítima foi acusada de ser responsável pelos atentados de Londres e Paris em 2007 por um jornal do Kosovo, o qual possuía grande circulação entre os falantes de albanês residentes em Londres.	£225,000.00
<i>Ghannouchi v Al-Arabiya</i> [2007] EWHC 2855 (QB)	O autor, um exilado tunisiano, foi acusado de ter ligação direta com a rede terrorista Al-Qaeda. O programa foi televisionado para centenas de milhares de residências. Não houve pedido de desculpas ou tentativas de retratação e, como consequência, fixou-se <i>aggravated damages</i> .	£206,500.00
<i>Rantzen v Mirror Group Newspapers Ltd</i> [1994] QB 670	Esther Rantzen foi acusada pelo jornal <i>The People</i> de manter em segredo o fato de que um professor que a ajudou a expor um caso de abuso sexual em um internato para meninos era ele mesmo um molestador. O <i>Mirror Group Newspapers</i> alegou justificativa e a defesa do <i>fair comment</i> . O júri fixou £250,000 que foi reduzido no apelo para £110,000.	£197,000.00
<i>Al-Amoudi v Kifle</i> [2011] EWHC 2037 (QB)	A difamação foi publicada em um website com base na Etiópia e lá foi deixada por meses. A vítima foi acusada de financiar terrorismo ao permitir que sua filha de 13 anos se casasse com um idoso e inválido membro da família real	£192,500.00

⁴¹¹ Em *Heil v Rankin* [2001] QB 272 definiu-se que, ao analisar precedentes exarados pelas cortes, os valores fixados devem ser atualizados levando-se em conta a inflação para melhor adequar-se aos padrões atuais. Sendo assim, a tabela trás os valores aproximados já atualizados para o ano de 2015 com auxílio da ferramenta *inflation calculator*, disponível em:

<<http://www.bankofengland.co.uk/education/Pages/resources/inflationtools/calculator/index1.aspx>>

	da Arábia Saudita como uma espécie de presente e depois persegui-la para provocar a sua morte por apedrejamento ou açoitamento.	
<i>Terluk v Berezovsky</i> [2011] EWCA Civ 1534	Acusações foram feitas em um programa russo transmitido no Reino Unido. A vítima foi acusada de oferecer ao réu pagamento voluptuoso para prestar falso testemunho e ajuda-lo a evitar extradição para a Rússia. Quando o réu supostamente se negou a ajudá-lo, a vítima foi acusada de drogá-lo.	£165,000.00
<i>Campbell-James v Guardian Newspapers</i> [2005] EMLR 24	Tratou-se de acusação de que o autor, distinto oficial do exército, estaria envolvido em abusos e humilhações sistemáticas contra prisioneiros em uma unidade no Iraque. Quando os abusos foram cometidos, o autor da demanda não estava no Iraque. Ele foi exposto a uma situação de risco permanente e não conseguiria mais trabalhar no Oriente Médio novamente, prejudicando sua carreira.	£121,000.00
<i>Houston v Smith</i> ⁴¹²	O autor era um médico, acusado pela ré de lhe ter abusado sexualmente. A acusação foi feita em frente de apenas algumas pessoas na sala de espera do consultório. No entanto, a acusação foi tão séria que poderia ter encerrado a carreira do médico. O júri fixou indenização de £150,000 e posteriormente reduzida pela Corte de Apelação para £50,000.	£88,500.00
<i>Nail v News Group Newspapers Ltd</i> [2005] 1 All ER 1040	A vítima foi assunto do jornal <i>News of the World</i> , o qual tinha um alcance de 4 milhões de cópias distribuídas. O artigo sugeria que a vítima comia carne de cachorro, mantinha comportamentos sexuais imundos além de ser uma <i>prima donna</i> desalmada.	£60,500.00
<i>Angel v Stainton</i> [2006] EWHC 637 (QB)	Uma carta foi enviada a cinco destinatários influentes informando que a vítima estava envolvida em operações de comércio ilegal de armas e que teria sido condenada à prisão alguns anos antes. Dois meses depois, uma oferta de retratação insuficiente foi realizada. O	£52,000.00

⁴¹² Não há referências relativas a este caso. Em *KC v MGN Ltd* [2012] EWHC 483 (QB) o valor referido àquele julgamento foi de £50,000.00 (cinquenta mil libras esterlinas) e £83,000.00 (oitenta e três mil libras esterlinas) quando do julgamento de *KC*.

	valor fixado foi de £40,000, pois ainda que a alegação tenha sido bastante séria, entendeu-se que o número de distribuições foi baixo.	
--	--	--